

الكتاب الثاني

الحقوق الإدارية

د. محمد مصطفى

الكتاب الثاني

دار الكتب المصرية



Bibliotheca Alexandrina



0004580

الدكتور سليمان محمد الطماوي
العميد السابق لحقوق عين شمس

الأسُسُ العامة
لِلْحُقُوقِ الإدارِيَّةِ
دراسة مقارنة

الطبعة الخامسة

١٩٩١

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الطبعة الخامسة

١ - صدرت الطبعة الرابعة من هذا المؤلف فى مارس سنة ١٩٨٤ ، فى أعقاب صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصات والمزايدات العامة ، والذى صدرت لائحته التنفيذية بمقتضى قرار وزير المالية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ . ولقد جاء القانون الجديد ، أكثر تفصيلا من القانون القديم اذ اشتمل على أربعين مادة ، فى حين أن القانون الملغى كان بالغ الاختصار ، اذ بلغت مواده ١٦ مادة ، كما أن القانون الجديد قد صدر بعد مرور ما يقرب من الثمانية والعشرين عاما على صدور القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ ، وقد حفلت هذه الأعوام بكثير من التجارب والتغيرات ، والتي لا بد وأن تترك بصماتها على هذا القانون الحيوى .

٢ - وقد أجملت المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ أهم الأحكام المستحدثة فيما يلى :

أولا - امتداد نطاق سريان أحكام القانون الجديد الى جميع الوزارات والمصالح ووحدات الحكم المحلى (الادارة المحلية) وكذلك الهيئات العامة ، فى حين كان القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ يقتصر على الوزارات والمصالح العامة فقط .

ثانيا - جعل المشرع المناقصة العامة ، الطريق الأصلى للتعاقد ، وسمح للإدارة أن تلجأ بجوارها الى احدى طرق أربعة وهى : المناقصة المحدودة ، والمناقصة المحلية ، والممارسة ، والاتفاق المباشر ، وذكر المشرع الضوابط التى تحكم اختيار كل طريقة من تلك الطرق ، وحدد خصائص كل منها .

ثالثا - حين قسدر المشرع الحدود المالية كضابط للتعاقد ، فقد راعى رفع هذه الحدود المالية بما يتمشى مع القوة الشرائية للنقود فى الوقت الحاضر ولفترة مستقبلية .

رابعا - ألزم المشرع جهات الادارة بأن يكون التعاقد فى حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية للأنشطة المقررة ، وفى حدود الاعتمادات المالية المتاحة ، وذلك للقضاء على ظاهرة شراء أصناف لا تكون الادارة بحاجة إليها .

خامسا - ورد الحكم فى صلب القانون ، على أن يكون التعاقد على أساس مواصفات أو رسومات فنية دقيقة ومفصلة أو عينات نموذجية ، ولم يرد هذا الحكم الأصولى فى القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ ، بل ورد فى اللائحة التنفيذية .

سادسا - بالنسبة للأصناف التى تستورد من الخارج ، لم يقيدھا القانون الجديد بنصوص خاصة فى هذا المجال ، بل ترك التعاقد بشأنها للقواعد العامة ، بمراعاة القرارات المنظمة للاستيراد ، وذلك تلافيا لأية تعقيدات .

سابعا - اكتفى المشرع فى القانون الجديد ، بأن يكون فتح المظاريف والبت فى المناقصات التى تقل قيمتها عن خمسة الاف جنية ، عن طريق لجنة واحدة ، وذلك تبسيطا للإجراءات . كما أوجب المشرع اشتراك ممثل لوزارة المالية وآخر لمجلس الدولة عند حدود معينة ، وذلك فى حالة اجراء الممارسة داخل الجمهورية أو خارجها تحقيقا لمزيد من الانضباط والرقابة .

ثامنا - نقل القانون الجديد النص الذى يوجب إمساك سجلات لقيد أسماء الموردين والمقاولين والبيانات الكافية عنهم ، وكذلك سجل لقيد ممنوعين من التعامل ، نقول ان المشرع نقل هذا النص من اللائحة الى صلب القانون زيادة فى الضمان .

تاسما - بالنسبة لمفاوضة مقدمى المعطاءات ، فقد قصر المشرع اجازة المفاوضة على مقدم المعطاء الأقل فقط ، باعتباره صاحب المركز القانونى الأول فى المناقصة .

عاشرا - نقل المشرع الأحكام الخاصة بالتأمينات الابتدائية والنهائية والنسب الواجبة الاداء وحالات الاعفاء منها من اللائحة التنفيذية الى القانون ، وذلك لأكسابها الأهمية والحصانة الواجبة . ولهذا فقد تضمن القانون الجديد الأحكام والشروط الجزائية فى حالة عدم سداد التأمينات أو التأخير فى تنفيذ العقد أو باخلال المتعاقد بشروطه ، وكذلك حالات فسخ العقد والاثار المترتبة عليه .

حادى عشر : استحدث المشرع نصا لتنظيم صرف الدفعات المقدمة تحت الحساب بما يضمن حماية المال العام .

ثانى عشر : تضمن القانون الجديد الأحكام الأساسية التى تنظم البيع وتأجير المقاصف وغيرها نظرا لأهمية البيع كمورد من موارد الدولة .

ثالث عشر : تضمن القانون حكما عاما يقضى بعدم جواز اللجوء الى التجزئة بهدف التحايل لتفادى الاجراءات أو الضوابط أو الضمانات أو الشروط المقررة بأحكامه .

٣ - ثم صدرت اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ، فى ١٩٨٣/٦/٢ ، ونصت المادة الثانية من قرار اصدارها على الغاء القرار رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ . باصدار لائحة المناقصات والمزايدات والقرار رقم ١٥ لسنة ١٩٥٨ بتوحيد عمليات الشراء ، والقرارات المعدلة لهما . كما نصت المادة الأولى من ذات القرار على أن « تسرى أحكام اللائحة المرافقة على جميع الوزارات والمصالح ووحدات الحكم المحلى (الادارة المحلية) ، كما تسرى على الهيئات العامة فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى لوائحها الخاصة بتنظيم المناقصات والمزايدات

التي. تمدها . » وقد احتوت اللائحة الجديدة على ١٢٠ مادة^(١) ، بخلاف مواد الاصدار . وهو تكرار لحكم المادة الأولى من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ باصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات .

٤ - ونعيد التذكير بالحقيقة التي سبق أن أعلنها ، من أنه بالرغم من زيادة المؤلفات باللغة العربية في مجال القانون العام بصفة عامة ، والقانون الادارى بصفة خاصة ، فان المؤلفات والبحوث المتعلقة بالمعقود الادارية ، باللغة العربية ، ما تزال نادرة ، بالرغم من الحاجة الماسة الى جهد الفقهاء فى هذا المجال الجديد نسبيا . وقد جاءت الاحداث مؤكدة لما سبق أن تنبأنا به فى الطبعتين الثانية والثالثة من هذا المؤلف ، من أن الحاجة الى الأحكام التي تقوم عليها « نظرية العقد الادارى » كما صاغها القضاء الادارى فى فرنسا وفى مصر ، لم تتضاءل ، بل أن الحاجة اليها قد تأكدت وازدادت . وجاءت سياسة الانفتاح الاقتصادى ، وتدعيم القطاع الخاص والنشاط الحر - فى نطاق السياسة الرسمية للدولة - لتوضح هذا المعنى ، وهو الأمر الذى أبرزناه فى مقدمة الطبعتين الثانية والثالثة فى وقت كان المد الاشتراكى فى قمته ! لأننا أدركنا من أول الأمر أن الاشتراكية العربية كما صغناها ، لا تعنى القضاء على النشاط الخاص تدريجيا كما أراد البعض ، أو كما توهم آخرون ، وأنه لابد وأن يجيء الوقت الذى تعمل فيه الدولة على تدعيم القطاع الخاص بعد أن استقرت دعائم القطاع العام . ويكفيها فى هذا المقام أن نحيل الى مقدمة الطبعة الثانية التى كتبت سنة ١٩٦٤ ! فهى أكثر تصويرا للوضع الحالى مهنا للظروف التى كانت سائدة فى التاريخ المشار اليه ، والتى أوحى الى بعض الزملاء بأن يعلموا أن نظرية العقد الادارى قد انتهت الحاجة اليها !

(١) أضيف اليها مادة جديدة بمقتضى قرار وزير المالية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٧ (فى ١٩٨٧/٤/٢١) نصها « يجب أن تتضمن شروط التعاقد - بالنسبة الى المسائل التى تستلزم نقل البضائع بحرا - النص على أن يتم النقل عن طريق الشركة المصرية لأعمال النقل البحرى ، ويكون الاستثناء من ذلك بموافقة وزير النقل البحرى أو من يفوضه » .

٥ - وبالرغم من تدعيم الاختصاص القضائي لمجلس الدولة المصرى ، سواء فى دستور سنة ١٩٧١ أو فى قانونه الحالى ، فإن الوضع لم يتغير بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالمعقود الادارية ، لأن الاختصاص العام للقضاء الادارى بتلك المنازعات ، قد تقرر منذ سنة ١٩٥٥ . ومن ثم فإن هذا المؤلف سوف يعرض لحصيلة قرابة ٣٥ عاما من اجتهاد مجلس الدولة فى مصر ، سواء على صعيد القضاء أو الفتوى .

واذا كانت معظم تلك الأحكام والفتاوى قد صدرت فى ظل القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ الملقى ، فإن التشريعات الحديثة التى حلت محل التشريعات الملغاة ، قد عدلت فى التفاصيل الجزئية . أما نظرية المعقد الادارى فى ذاتها ، فانها مستمرة ، ومن هنا تحتفظ احكام القضاء السابقة بكامل أهميتها .

هذا والله المستعان .

مارس سنة ١٩٩١ .

المؤلف

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم الطبعة الثانية

١ - أنجزنا الطبعة الأولى من هذا المؤلف في أواخر سنة ١٩٥٨ ، لتحقيق الهدف الذي حددناه في مقدمتها ، والذي ما يزال قائماً بالنسبة الى هذه الطبعة . ولقد كانت تلك الطبعة بمثابة الحلقة الثالثة من المؤلفات التي أردنا أن نساهم بها في بناء قانوننا الإداري الناشئ ، خارج نطاق ظروف التدريس بما تفرضه من قيود . فبعد أن أنجزنا مطولنا في « القضاء الإداري »^(١) ، عقبنا عليه بمؤلفنا « النظرية العامة للقرارات الإدارية »^(٢) وهنا ظهرت الحاجة الماسة لآخراج مؤلف مطول في النظرية العامة للمعقود الإداري نظرا لندرة المؤلفات في هذا المجال .

وبالرغم من نفاذ الطبعة الأولى في فترة وجيزة وظهور الحاجة الى إعادة طبعها ، فإننا آثرنا التريث سنوات متوالية . ذلك أن ظروف الوحدة الشاملة بين مصر وسوريا ، والتي تمت وظهور الطبعة الأولى مباشرة ، اقتضت القيام بحركة تشريعية واسعة ، تستهدف إعادة النظر في التشريع القائم في الاقليمين بقصد توحيد . ولقد امتدت هذه الحركة الى مجال القانون الإداري ، وشكلت لجنة فنية لتقنين ما يصلح تقنيته من موضوعاته^(٣) . وتم بالفعل تقنين الأحكام المتعلقة بالمعقود الإداري ، بل وروجع مشروعها أكثر من

(١) وقد ظهرت الطبعة الأولى منه سنة ١٩٥٥ ، وظفرت بجائزة الدولة للقانون العام في ذلك التاريخ ، وقد طبع المؤلف في صورته الأولى عدة مرات . ثم ظهرت في صورة مطولة في ثلاثة أجزاء الأولى منها بعنوان قضاء الالغاء (سنة ١٩٦٧) والثاني ، قضاء التمويض وطرق الطعن في الأحكام سنة ١٩٦٩ ، والثالث بعنوان : قضاء التأديب سنة ١٩٧١ . وظهر من المؤلف وجيز بعنوان « الوجيز في القضاء الإداري طبعة سنة ١٩٧٣ » وقد أعيدت طباعة هذه المؤلفات .

(٢) ظهرت الطبعة الأولى منه سنة ١٩٥٦ ، والطبعة الخامسة سنة ١٩٨٣ .

(٣) كان المؤلف عضوا في كثير من هذه اللجان .

مرة • وتوقعنا أن يصدر التشريع المتعلق بها ، فنضمن الطبعة الثانية من المؤلف شرح القانون الجديد • ولكن انتظارنا طال ، ولم يصدر التشريع المرتقب • ولهذا رأينا أن نخرج الطبعة الثانية دون انتظار لهذا التشريع ، وقد وضعنا في اعتبارنا أمرين : الأول : أن التشريع المرتقب ليس الا مجرد تقنين للاحكام المستقرة والتي شرحناها باسهاب بين صفتي هذا المؤلف • الثاني : أننا سوف نشير الى مشروع التقنين في موضعه •

٢ - على أن أهم ما يشغل البال في هذا الخصوص ، هو تبلور اتجاهنا الاشتراكي في خلال الفترة التي أعقبت صدور الطبعة الأول • فلقد بلغت الثورة الاشتراكية قممها بقوانين يوليو سنة ١٩٦١ المشهورة وما تلاها من تشريعات • ثم أرسيت أسس اشتراكيتنا العربية في ميثاق العمل الوطني ، بحيث أصبح القطاع العام يغطي الآن أكثر من ٨٠٪ من مجال النشاط الاقتصادي في الدولة • ولم يبق للقطاع الخاص الا مجال محدود ، على النحو الذي رسمه الباب السادس من الميثاق • فما أثر ذلك على النظرية العامة للمعقود الادارية ؟ !

لقد طرح هذا السؤال الزميل الدكتور فؤاد مهنا في أحدث طبعات مؤلفه في القانون الاداري^(١) حيث يقول ان « ... المركز الخاص الذي تشغله الأجهزة الادارية التي تتولى مباشرة النشاط التجاري والصناعي والزراعي والمالي باسم الدولة في ظل النظام الاشتراكي ، يثير التساؤل عن مدى الحاجة لتطبيق نظرية المعقود الادارية بمبادئها وأحكامها على الروابط التي تنشأ بين الدولة ممثلة في الوزارات والمصالح وبين المؤسسات العامة وما يتبعها من شركات أو بين المؤسسات العامة أو بين الشركات العامة التي تتبع المؤسسات العامة في كل ما يتعلق بتنفيذ المشروعات العامة أو توريد الحاجات

(١) عنوان مؤلفه « القانون الاداري في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني » طبعة ١٩٦٣/١٩٦٤ •

المامة للوزارات والمؤسسات والهيئات العامة ووحدات الادارة المحلية » .

ثم اجاب على هذا السؤال على وجه المسم حيث يقول : « ان تطبيق نظرية العقود الادارية فى مجال التعاون بين اجهزة القطاع العام ، لم يعدله فى ظل النظام الاشتراكى نفس الأهمية التى كانت له من قبل » بل ولم يقف الزميل عند هذا الحد ، بل استطرد قائلا : « بل انه يمكن القول انه لم تعد ثمة حاجة لتطبيق نظرية العقد الادارى فى هذا المجال !! »^(١) .

وتنحصر حجج الزميل فى تدعيم رأيه السابق فيما يلى :-
(أ) ان نشاط القطاع العام تقوم به المؤسسات العامة وشركات القطاع العام والجمعيات التى تتبعها « وهذه المؤسسات والشركات هى بطبيعتها وتكوينها أجهزة ادارية عامة تعمل باسم الدولة ولحسابها وتباشر نشاطها وفقا للتخطيط وطبقا للبرامج التى تضمها الهيئات المركزية المختصة ، وتخضع فى مباشرة هذا النشاط لرقابة وتوجيه الوزير المختص ، كما تخضع بوجه عام لأجهزة الرقابة والتنظيم المركزية ، وتسير فى عملها وفقا لنظم ولوائح يصدر باعتمادها قرار من الوزير الذى تتبعه ، أو من مجلس ادارة المؤسسة العامة على حسب الأحوال » . « . » وليس لها ، ولا يمكن أن يكون لها مصلحة غير مصلحة الدولة » .

(ب) ان جميع الأجهزة السابقة تعمل لتحقيق أهداف الدولة وأنه طبقا لصريح نصوص قانون المؤسسات العامة تتحمل خزانة الدولة فى النهاية ، نفقات المؤسسات العامة ، وما يتبعها من شركات . كما يعود فائض مواردها الى خزانة الدولة .

(ج) ان الربح الذى يمكن أن تحققه شركات القطاع العام ، ليس بغاية فى ذاته ، « . » لأنه طالما كان التعامل بين شخصين من

(١) ص ١٢٣ وما بعدها من مؤلفه الذى سبقت الإشارة اليه .

أشخاص القانون العام ، فان مكاسب أو خسائر أى من الطرفين المتعاقدين مرده فى النهاية للخزانة العامة للدولة » .

والنهاية التى انتهى اليه الزميل ، والحجج التى استند اليها ، تجسد الحيرة التى يحس بها فقهاء القانون العام والخاص فى خلال فترة الانتقال التى تجتازها البلاد ، أمام النظريات والأوضاع التى صيغت فى ظل النظم الرأسمالية . والذى لا شك فيه أن كثيرا من نظريات القانون قد تمت صياغتها فى ظل أوضاع سابقة ، بحيث أصبحت لا تلائم الأوضاع الاشتراكية . ولهذا أعلن الميثاق فى يابه الخامس « أن المفاهيم الشورية الجديدة للديمقراطية السلمية لا بد لها أن تفرض نفسها على الحدود التى تؤثر فى تكوين المواطن وفى مقدمتها التعليم والقوانين واللوائح الادارية ، كذلك فان القوانين لا بد أن تعاد صيغتها لتخدم العلاقات الاجتماعية الجديدة التى تقيمها الديمقراطية السياسية تعبيرا عن الديمقراطية الاجتماعية » ^(١) . فهل نظرية العقد الادارى ، من هذه النظريات ؟ .

٣ - ان نظرية العقد الادارى - كما سنرى تفصيلا - تقوم أساسا على تمكين الادارة من تحقيق الصالح العام ، مع سلوك سبيل التفاهم والرضا بينها وبين المتعاقدين الآخر . وبمعنى آخر ، ان من حق الادارة أن تفرض ارادتها عن طريق القرار الادارى . ولكنها قد تجد فى كثير من الحالات أن سبيل التفاهم ، هو انجح السبل لتحقيق غايتها . وهنا تثار مشكلة العقد الادارى . فهل ياترى انتهت حاجة الادارة الى سلوك هذا السبيل فى ظل الاشتراكية ؟ ذلك ما لا يمكن التسليم به بحال من الأحوال .

فوجود القطاع العام ، ليس معناه انعدام دور القطاع الخاص : فالقطاع الخاص ما يزال يؤدى دوره . واذا كانت الحاجة قد أدت الى تدعيم القطاع العام فى أول مراحل الاشتراكية ، فان القطاع

(١) وبالرقم من مرور مدة طويلة على صدور الميثاق ، فان المهمة المشار اليها لم تتم حتى الآن .

الخاص ، لا بد وأن يعود الى تأدية دوره الجديد^(١) . ويجب أن نضع هنا تحت أبصارنا ما أكدته الميثاق في هذا الخصوص ، لأن له أهميته الحيوية في توكيد المعنى الذى نريده .

يقول الميثاق فى بابہ السابع بعنوان " حول الانتاج والمجتمع " :
« ان استمرار دور القطاع الخاص بجانب القطاع العام ، يزيد من فعالية الرقابة على الملكية الشعبية العامة ، ويقوم بدور عامل منشط لها بما يفتحه من مجالات المنافسة الحرة فى اطار من التخطيط الاقتصادى العام » .

« ان قوانين يوليو الثورية العظيمة سنة ١٩٦١ لم تكن تستهدف القضاء على القطاع الخاص ، وانما كان لها هدفان أساسيان : الهدف الأول : خلق نوع من التكافؤ الاقتصادى بين المواطنين يحقق العدل المشروع ، ويقضى على آثار احتكار الفرصة للقلة على حساب الكثرة ، ويساهم فى الوقت نفسه فى عملية تذويب الفوارق بين الطبقات بما يميز احتمالات الصراع السلمى بينها ، ويفتح الأبواب للحلول الديمقراطية للمشاكل الكبرى التى تواجه عملية التطوير . والهدف الثانى : زيادة كفاءة القطاع العام الذى يملكه الشعب ، وتعزيز قدرته على تحمل مسئولية التخطيط ، وتمكينه من دوره القيادى فى عملية التطوير الصناعى على الأساس الاشتراكى .. » .

ثم يستطرد الميثاق قائلاً : « ان الذين يتصورون أن قوانين يوليو قد قيدت المبادرة الفردية يقومون فى خطأ كبير . ان المبادرة الفردية يجب أن تكون قائمة على العمل وعلى المخاطرة ، وما كان قائماً فى الماضى كان يعتمد على الانتهاز ... ومن ناحية أخرى فان المبادرة الفردية بالطريقة التى كانت قائمة بها ، لم تكن تقدر على مسئوليات الأمنى الوطنية . ان الاستثمارات الجديدة التى توجه الآن للصناعة ، تساوى أكثر من مائة مرة ما كان يوجه منها فى سنوات

(١) وسياسة الانفتاح الاقتصادى التى تطبيقها الدولة الآن وبعد سنوات طويلة من كتابة تلك الفقرة ، خير شاهد على هذه النبوءة .

ما قبل الثورة ... ان رأس المال الفردى فى دوره الجديد يجب ان يعرف أنه خاضع لتوجيه السلطة الشعبية ، شأنه فى ذلك شأن رأس المال العام ، وأن هذه السلطة هى التى توجهه على ضوء احتياجات الشعب ، وأنها قادرة على مصادرة نشاطه إذا ما حاول أن يستغل أو ينحرف » .

هذه هى فلسفة العلاقة بين القطاعين العام والخاص كما صاغها ميثاق العمل الوطنى الذى هو أساس اشتراكيقتنا العربية . ويجب أن تدور أحكامنا الجديدة فى فلك هذه الفلسفة .

٤ - والعقد الإدارى - كما سنرى - يبرم اما بين شخصين من أشخاص القانون العام ، واما بين شخص من أشخاص القانون العام ، وآخر من أشخاص القانون الخاص .

فإذا ما أبرم العقد بين شخص من أشخاص القانون العام ، وآخر من أشخاص القانون الخاص ، فإن نظرية العقد الإدارى تحتفظ بأهميتها كاملة ولا تتأثر من قريب أو بعيد بالاشتراكية .

أما إذا أبرم العقد بين شخصين من أشخاص القانون العام فهنا يشور المنطق الذى أشار اليه الدكتور فؤاد مهنا^(١) .

وقبل أن نفند رأيه فى هذا الصدد ، فائنا نشير الى ملحوظة فى غاية الأهمية ، وهى أن الزميل أقام رأيه على مقدمة لا يشاركه غيره فيها من فقهاء القانون العام - أو الخاص - فيما أعلم ، وهى أنه اعتبر شركات القطاع العام والجمعيات التعاونية أشخاصا من أشخاص القانون العام^(٢) ، وذلك إذا كانت مملوكة ملكية كاملة للدولة . وهو فى هذا يجانب نية المشرع الواضحة والقاضية بإدارة هذه المشروعات فى نطاق القانون الخاص تماما ، فيما عدا الأحكام التى استثناها صراحة ، والراجعة الى تملك الدولة لجميع أسهم المشروع .

(١) وسوف نمود الى تفصيل هذه النقطة عند دراسة أحكام العقد الإدارى .
(٢) راجع ص ١٦٤ وما بعدها من مؤلفه السابق ، وراجع ص ١٢٢٢ من ذات المؤلف . ولكن تبين بعد ذلك ان فقهاء آخرين من هذا الراى .

وليس هذا الوضع بدعا لدينا ، بل لجأت اليه كثير من الدول التي تحافظ على مبدأ ازدواج القانون ، أى التى تفرق ، بين القانون العام والخاص كفرنسا وبلجيكا وغيرها .

ولهذا فإن المقعد الذى يبرمه شخص ممنوع عام اقليمى كالدولة أو المحافظة أو المدينة أو القرية ، أو شخص ممنوع عام مرفقى مثل الهيئة العامة أو المؤسسة العامة ، وبين شركة أو جمعية تنتمى الى القطاع العام هو عقد بين شخصين مختلفين يخضمان لنظامين مختلفين . ونقطة البداية هذه هى التى قادت الزميل الى رأيه السابق .

٥ - ومع التسليم جدلا بأن الدولة فى نهاية الأمر هى التى سوف تتحمل ما تحققة شركات القطاع العام وجمعياته من خسارة أو كسب ، فهل ذلك مما يؤدى الى اهدار نظرية المقعد الادارى فى نطاق علاقات تلك الجمعيات والشركات بالدولة ؟ ان النظرة السريمة وحدها هى التى تجيب على هذا التساؤل بالايجاب . أما التعمق فانه يؤدى الى العكس .

ذلك ان نظرية المقعد الادارى تستهدف تحقيق أغراض محددة هى : انجاز أهداف الادارة ، فى أسرع وقت ممكن ، وبأقل تكلفة ممكنة ، وعلى أفضل نحو ممكن . ولهذا فإن النظرية أفسحت مجالا واسعا للمنافسة الحرة ، وللتعاون البناء بين المتعاقدين وبين الادارة . وأخطر ما يمكن أن تتعرض له الادارة فى ظل الاشتراكية هو الاحتكار . حقيقة ان ثمة رقابة من الدولة ، ومن أجهزتها ، ولكن هذه الرقابة لن تغنى بحال من الأحوال عن عنصر المنافسة . وان مما له دلالة فى هذا الخصوص ، أن المعهد الدولى للعلوم الادارية قد طرح موضوع « المشروعات العامة ومشاكل ادارتها » للمناقشة فى مائدة مسديرة عقدت فى وارسو فى يونيو سنة ١٩٦٤^(١) . وكان

(١) وقد حضرها المؤلف ممثلا للجمعية المصرية- للمعهد الدولى للعلوم الادارية بوصفه أمينها العام .

من أهم ما أثاره الأعضاء - من الكتلتين الاشتراكية والرأسمالية - هو موضوع القضاء على الاحتكار بين المشروعات العامة ، وتأمين قدر من المنافسة بينها ، وطلب الأعضاء اجراء دراسات عميقة مستفيضة فى هذا الموضوع ، على أن تناقش فى مؤتمر يعقد فى باريس فى يوليو سنة ١٩٦٥ ، وهذا هو المعنى الذى أكدده الميثاق فى أبلغ عبارة حيث يقول : « ان استمرار دور القطاع الخاص بجانب القطاع العام ، يزيد من فعاليات الرقابة على الملكية الشعبية العامة ، ويقوم بدور عامل منشط لها بما يفتحه من مجالات المنافسة الحرة فى اطار التخطيط الاقتصادى العام » وعلى هذا الأساس ، تعتبر النظرية العامة للمقود الادارية أساسا صالحا لتنظيم هذه المنافسة .

٦ - ومعيننا هنا من ناحية أخرى أن نبرز حقيقة بالغة الأهمية وهى التى تتعلق بالربح فى النظام الاشتراكى . ان الربح غاية أساسية للمشروعات العامة فى النظام الاشتراكى ، وبدونه لا يمكن لخطة التنمية أن تتحقق . ولكن ما تهتم به الاشتراكية هو الطريقة التى يمكن أن يتحقق بها هذا الربح . ولقد أولى رئيس الوزراء هذا الموضوع عناية كبيرة فى بيانه الذى ألقاه أمام مجلس الأمة فى دور انعقاده الأول (بتاريخ مارس سنة ١٩٦٤) حيث يقول : « ان الربح فى النظام الرأسمالى هو مقياس نجاح أى مشروع بغض النظر عن السبيل الى تحقيق هذا الربح ، سواء كان هذا السبيل عادلا أو مستغلا . ولقد تتصور بعض المشروعات العامة فى ظل الاشتراكية أن نجاحها يقاس بمقدار ما تحققة من أرباح دون اعتبار لطريقة تحقيق هذه الأرباح ، لتندفع بهذا التصور فى سبيل رفع أرقام ربحها سواء عن طريق اتباع أساليب المحاسبة الشكلية أو عن طريق التحايل على المزايا التى يتحتم اشتراكها أن تمنحها للعاملين فيها ، أو عن طريق رفع أسعار منتجاتها بغير حق أو عن طريق الهبوط بنوعية الانتاج دون تخفيض أسعارها . انها لو فعلت ذلك تكون قد خرجت عن طريق الاشتراكية وانحرفت عن مبادئ الكفاية والعدل . ان نظرية اشتراكيتنا الى الربح مبنية على نقط ثلاث :

الأولى : أن الربح هو « فائض » يخص للاستثمار الذي يعود بالخير على مجموع الشعب .

والثانية : أن هذا الفائض لا بد أن يتحدد طبقاً لما تمليه الخطة وتبعا للأسس العامة التي تملئها سياستنا الاشتراكية خاصة في معاملة العامل والمستهلك .

والثالثة : أنه من الواجب المحتم أن تكون الطريقة المتبعة في تحقيق هذا الفائض طريقة عادلة .

وارتكازاً على هذه القواعد الثلاث ، فأننا نعطى للطريقة التي يتحقق بها الفائض الأهمية الأولى . والسبيل الى ذلك هو العمل على رفع الانتاج ورفع الكفاية الانتاجية للعامل حتى يتحقق تزايد الفائض في ظل نظام يرتفع فيه أجر العامل وينخفض فيه سعر السلعة للمستهلك . وبهذا نجعل الفائض أداة فعالة في التقدم وسيلة لرفاهية مجموع الشعب .

ومع ذلك ، فأننا نعطى الأهمية كذلك لتحقيق الفائض إذ إنه يمثل مصدراً رئيسياً من مصادر تمويل خطة التنمية وبدونه لا يمكن تحقيق استثماراتها الضخمة .

وعلى هذا الأساس ، فإن أحكام النظرية القائمة على تحقيق الوفرة المالي للإدارة ، واتجاز المشروعات في أسرع وقت ممكن ، هي أحكام أساسية في جميع المهود ، ولا يمكن أن تفتى عنها أحكام الرقابة الخارجية .

٧ - ويصدق المعنى السابق ولو كانت العلاقة المقدية بين شخصين من أشخاص القانون العام ، مادام لكل منهما ميزانية مستقلة فالمحافظة والمدينة والقرية ، والهيئة العامة والمؤسسة العامة ، لها ميزانيتها المستقلة ، وهي مسئولة عن حسن استعمال الأرصدة المخصصة لها ، ويعنيها أن تنفق هذه المبالغ بالطريقة التي تعود عليها بأكبر قدر ممكن من الفائدة . ولو فرض على تلك الأشخاص أن تلجأ الى جهة بعينها ، ولو كانت جهة عامة ، فلن تتحقق الأغراض (م - ٢ العقود الإدارية)

التي نشر اليها . ولكن لو وجد أمامها جهات متمسدة يمكنها أن تقتضى منها الخدمة ، فحينئذ يكون في وسع تلك الأشخاص أن تستفيد من عنصر المنافسة . وهذا ما تفعله كثير من المحافظات والمدن في الوقت الحاضر إذ أمكنها أن تنجز كثيرا من المشروعات بأقل من المبالغ المعتمدة لها في الميزانية . ومن ثم فقد استطاعت أن تفيد من استثمار الوفرة في مجال آخر .

فالرقابة الخارجية على المشروعات العامة إذن لا يمكن أن تفنى بحال من الأحوال عن عنصر المنافسة . فهي إذا حالت دون المبالغة في النفقات الى حد ما ، فانها لا تفيد من حيث خلق الحوافز لتحقيق الوفرة في النفقات وضغط المصروفات . وهو من أهم ما تحتاج اليه في المرحلة التي تجتازها البلاد في الوقت الحاضر .

على أن هذا لا يعنى أننا ننكر ضرورة تنظيم الرقابة على شركات القطاع العام ، ولكن كل ما نقصده هو أن الأحكام التي تقوم عليها نظرية المقد الادارى ، لا تفقد أهميتها في ظل الاشتراكية بل على العكس من ذلك ، نرى أن أهميتها تزداد اذا أريد أن نحافظ على فاعلية المشروعات العامة ، وألا تتأثر تلك الفاعلية بالاعتبارات الروتينية المكتبية .

٨ - وأخيرا ، وبالرغم من كل شيء ستبقى العلاقة التعاقدية بين الإدارة وبين جهات بعيدة عنها . ستبقى بينها وبين الأفراد في صورة عقود خدمات ، أو توريد ، أو تعهد بعمل شيء أو المساهمة في خدمة عامة أو للاستفادة من خدمات معينة تقدمها الإدارة كالمقود التي ترد على المال العام - الخ - وستظل الإدارة في حاجة الى التعاقد مع شركات أجنبية أو أفراد أجانب لتنفيذ مشروعات عامة ليس في وسع شركات القطاع العام - لسبب أو لآخر - أن تقوم بها - ومجال البترول خير شاهد في هذا المقام (١) .

(١) وقد بين ذلك بصورة ملموسة أثر سواقة الانفتاح الاقتصادي التي اعتمدها الدولة لاسيما بين مصر وبين الدول العربية ، وغير العربية .

ثم ان ضرورة التزام أساليب القانون الخاص في إدارة مشروعات القطاع العام - وهو اتجاه تظهر الحاجة الي تدعيمه يوما بعد يوم - مما يؤكد أهمية نظرية المقعد الإداري ، وما قامت عليه من أحكام . ولما كانت هذه النظرية قضائية ، فانها مرنة قابلة للتطور لمواجهة كافة الاعتبارات التي يتطلبها الوضع الاشتراكي الجديد . ولعل هذا من الأسباب الرئيسية التي تجعلنا غير شديدي الحماس لصدور تشريع في هذا المجال ، خلال هذه المرحلة الانتقالية ، قد يؤدي الى الحد من حرية القضاء في تكييف العلاقات الجديدة ، ولعل ما نحتاجه في هذا المجال ، هو ادخال نوع من المرونة فيما يتعلق بحقوق الإدارة في اختيار طريقة ابرام العقد ، والمتعاقد معها . وهذا اتجاه عالمي سوف نشير اليه في موضعة .

٩ - وأخيرا فانه يعيننا أن نشير الى أننا حينما بدأنا انجاز الطبعة الأولى من هذا المؤلف ، لم يكن قد مضى وقت طويل على تقرير مبدأ الاختصاص الشامل والمانع للقضاء الإداري بمقود الإدارة فقد تقرر هذا المبدأ لأول مرة - وكما سنرى تفصيلا فيما بعد - بمقتضى القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ . في حين أننا بدأنا انجاز الطبعة الأولى في سنة ١٩٥٧ وانتهينا منها في أواخر سنة ١٩٥٨ ، فلم يكن الوقت قد اتسع بعد أمام القضاء الإداري في مصر لكي يتناول جميع الأحكام التي تقوم عليها نظرية المقعد الإداري . بل ان معظم الأحكام التي أستشهدنا بها في الطبعة الأولى كانت من محكمة القضاء الإداري ، ولم تكن قد نشرت بعد .

أما الآن ، فان القضاء الإداري قد انفسح أمامه الوقت ليحدد موقفه من كثير من نقاط الخلاف في النظرية . ومن ثم فاننا سوف نمنى بالأحكام الحديثة ، والصادرة من المحكمة الإدارية العليا في هذا المجال . كما أننا سوف نهتم بالفتاوى التي يمكن الحصول عليها في خصوص المقود الإدارية ، على أساس أن كثيرا من الموضوعات التي تتناولها الفتوى قد لا تسمح الظروف بطرحها أمام القضاء .

وسوف يكون رائدنا في كل هذا أن نقف عند الكليات ما أمكن
دون الاغراق في التفاصيل ، على أساس أن إبراز معالم « نظرية
المقد الادارى » هي الغاية من اعداد هذا المؤلف .
كما أننا سوف نرى الى أى حد تتأثر هذه النظرية بالسياسة
الاشتراكية التي تسير عليها الجمهورية العربية المتحدة .

هذا والله ولي التوفيق .

يناير سنة ١٩٦٥

المؤلف

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم الطبعة الأولى

إذا كان القانون الإداري حديث النشأة ، فإن موضوعاته
المديدة ، ونظرياته الأصيلة ، ليست على درجة واحدة من تلك
الصفة . ولعل ما يتعلق بالمقود الإدارية هو أحدث نواحي القانون
الإداري على الإطلاق . ولهذا فإن كثيرا من الأحكام الرئيسية التي
تهيمن على تلك المادة يعتمدها الفموض ، ويحلق عليها الشك . وهذه
الحقيقة ظاهرة بشكل واضح في فرنسا رغم نصج القانون الإداري
فيها . وهي أوضح من أن تحتاج الى تدليل في مصر . ومن هنا
كانت صعوبة التصدي للتأليف في هذا الجانب البكر من جوانب
القانون الإداري الحديث ، فالحقيقة أنني قد ترددت كثيرا قبل
أن أقدم على الكتابة في هذا الموضوع !

هذا وإن نظرة عابرة على المؤلفات التي صدرت في موضوع المقود
الإدارية في كل من فرنسا ومصر ، لكافية لتوضيح وجهة النظر
السابقة . فرغم غزارة المؤلفات الفرنسية التي تغطي مجالات
القانون الإداري الرحبة ، فإنها شحيحة نسبيا في موضوع المقود
الإدارية بالذات . ويميزنا هنا أن نبرز أن المؤلفات ذات الطابع العام
في المقود الإدارية في فرنسا محدودة يمكن حصرها في ثلاثة مؤلفات
رئيسية هي :

1. Jèze; Principes généraux du droit administratif. (3 vol. 1934 — 1936, tomes 4, 5, 6).
2. G. Péquignot; Théorie générale du contrat administratif; thèse Montpellier. ed. 1945, et les contrats de l'administration; fasc. 500, 505; 510 et 515. du Jurisclasseur administratif.
3. A. De Laubadère : Traité théorique et pratique des contrats administratifs. 1956.

أما في مصر ، فليس هناك مؤلف عام واحد في هذا الموضوع ! والعجيب
في الأمر ، أن الرسائل التي تناولت موضوعات ذات علاقة بالمقود

الادارية قدمت كلها باللغة الفرنسية ، ولم تترجم الى اللغة العربية ، مما أفقدها مَيَّزَةَ الانتشار ، وهذه الرسائل هي :

1. Tewfik Chchata : La concession-de service Public. 1941.
2. Fouad El-Attar : La marché de travaux publics 1955.
3. Saroit Badaoui : Le fait du prince dans les contrats administratifs 1955.

ومن هنا كانت حاجة القانون العام الملحة الى مؤلف عام في موضوع العقود الادارية .

وهذا المؤلف ، كما يدل عليه اسمه ، يستهدف غرضا رئيسيا ، هو رسم الأسس العامة التي تقوم عليها « نظرية العقد الادارى » كما صاغها القضاء الادارى الفرنسى . وفى سبيل هذه الغاية له نهتم بالتفاصيل الجزئية الا بالقدر الذى يستلزمه الغرض السابق .

ففى مرحلة الانشاء التى يمر بها القانون الادارى المصرى فى الوقت الراهن ، نحتاج أولا وقبل كل شئ الى ارساء قانوننا الادارى على أساس سليم . ولأجل هذه الغاية النبيلة ، فاننا نحمد لمجلس الدولة المصرى خطته التى درج عليها - منذ أصبح قاضى القانون العام فى موضوع العقود الادارية - من الاسهاب فى صياغة أحكامه ، والوضوح فى ابراز الأسس التى يقيم عليها قضاؤه . ذلك أنه اذا كان المشرع يشعر بأن القوانين التى يصدرها بحاجة الى مذكرات تفسيرية مسهبة ، توضح الغاية منها ، وتفصل غاياتها ومراميها ، فان جمهور المشتغلين بالقانون الادارى لأشد حاجة الى ما يقوم مقام تلك المذكرات بالنسبة الى المبادئ التى يعتنقها القضاء الادارى المصرى فى موضوع العقود الادارية الذى لا تتأصل أحكامه - بعد فى مصر - ولهذا فاننا سوف نقتبس الفقرات المطولة من أحكام قضائنا الادارى ، حتى يكون أمام القارئ معانى المبادئ التى يضع القضاء أساسها ، مصوغة بأسلوب المجلس نفسه دون تعريف .

واننا لثمتذر مقدا عما قد يمتور هذا المؤلف من نقص ، ونرجو
أن يكون فاتحة لجهود متواصلة تبذل فى هذا المجال الحيوى ، حتى نصل
به الى درجة من الوضوح تتفق وأهميته البالغة فى حياتنا الادارية .

هذا والله ولى التوفيق

مايو سنة ١٩٥٧

المؤلف

مقدمة عامة

١ - يعتبر القرار الإداري ، الصادر عن إرادة الإدارة المنفردة ، أنجع وسائل القانون العام التي تتسلح بها الإدارة لأداء واجباتها المتجددة . غير أن الإدارة كثيرا ما تلجأ الى طريقة الاتفاق الودي مع الأفراد ، وذلك اذا ما قدرت أن هذه الطريقة أنجع في تحقيق الأهداف العامة ، فيتشأ بينها وبينهم عقد «Contrats» يحدد واجبات كل من الطرفين . ثم ان سبيل القرار الإداري اذا كان ممكنا ضد المواطنين ، فانه يقصر عن تناول غير المواطنين أفرادا أو شركات ، اذ المقصد هو الطريقة الوحيدة للتعاون بينهم وبين الدولة التي لا يحملون جنسيتها .

والمسلم به في الوقت الحاضر أن عقود الإدارة لا تخضع كلها لنظام قانوني واحد ، ولكنها تنقسم قسمين :

أولا : عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص .

«Contrats de droit privé de l'administration».

ثانيا : وعقود الإدارة التي تخضع للقانون العام ، وهي التي يطلق عليها اصطلاح « العقود الإدارية » « Contrats administratifs » .

وهذا المعنى حرص القضاء الإداري المصري على إبرازه وتوكيده مع أول الأمر ، سواء أمام محكمة القضاء الإداري أو المحكمة الإدارية العليا . ومن ذلك على سبيل المثال ، حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٦^(١) ، والذي يقول : « ومن حيث ان الذي ينفى المبادرة الى التنبية اليه هو أنه ليس كل عقد تبرمه جهة الإدارة بمقدار إداري عثما ، فكثيرا ما تلجأ هذه الجهة الى إبرام عقود بينها وبين جهة أخرى أو بينها وبين بعض الأشخاص من جهة

(١) القضية رقم ٨٧ لسنة ٥ قضائية ، قضية السيد/ محمد زيدان ضد وزارة المعارف والتموين والمالية .

أخرى فى ظل قواعد القانون الخاص فيختص بها قاضى القانون الخاص ، ولا تعنى بأمرها مبادئ القانون الإدارى . وليس بكاف أبدا مجرد أن يكون أحد طرفى التصرف شخصا إداريا عاما للقول بأن هذا التصرف أو العقد إنما هو عقد إدارى يخضع لأحكام القانون العام ، وتختص حتما بالفصل فى منازعاته هذه المحكمة ، فالشخص الإدارى العام قد يبرم عقدا مدنيا كما قد يبرم عقدا إداريا سواء بسواء وتمسك المحكمة الإدارية العليا تأكيد ذات المعنى فى أحكامها باستمرار ، ومن ذلك حكمها الصادر فى ١٩٦٨/٣/٢٤ حيث تقرر : « أن العقود التى تبرمها أشخاص القانون العام مع الأفراد . . . ليست سواء : فمتى ما يعد بطبيعته عقودا إدارية . . . وقد تنزل منزلة الأفراد فى تعاقدهم فتبرم عقودا مدنية تستعين فيها بوسائل القانون الخاص . ومناطق العقد الإدارى أن تكون الإدارة أحد أطرافه ، وأن يتصل بنشاط المرفق العام . . . وأن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام وما ينطوى عليه من شروط استثنائية » .

وإذا كان القانون الإدارى لا يهتم أساسا إلا بالمقود الإدارية بمعنىناها الفنى الدقيق ، والذى سوف نحدده فيما بعد تفصيلا ، فإن ذلك لا يعنى المساواة التامة بين الإدارة وبين الأفراد فيما يتعلق بمقود الإدارة غير الإدارية ، ذلك أن من الأحكام الإدارية ما يسرى على جميع عقود الإدارة أيام كانت طبيعتها ، لا سيما فيما يتعلق باختيار المتعاقد مع الإدارة ، على التفصيل الذى سوف نورد فى موضعه .

ولكن بالرغم من الملاحظة السابقة ، فإن المقود الإدارية تختلف اختلافا جوهريا عن عقود القانون الخاص التى تبرمها الإدارة ، ذلك أن هذا النوع الأخير من المقود تحكمه من الناحية الموضوعية قواعد القانون الخاص ، ويسرى عليه كقاعدة عامة - كما يصرح على المقود التى تبرمها الأفراد فيما بينهم - أما المقود الإدارية فتتعلق فيها امتيازات السلطة العامة ، والتى لا نظير لها فى علاقات الأفراد فيما بينهم ، نظرا لمقتضيات سير المرافق العامة .

٢ - والمسلم به في الوقت الحاضر ، أن القانون الإداري - وفقا للنظرة الفرنسية - هو قانون مستقل ، له ذاتيته الخاصة - بهذا يعترف الفقه والقضاء في فرنسا^(١) ، وبه اعترف المشرع المصري^(٢) وهو ما فصلته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٢ يونية سنة ١٩٥٦ حيث تقول : « ان روابط القانون الخاص تختلف في طبيعتها عن روابط القانون العام ، وان قواعد القانون المدني قد وضعت لتحكم روابط القانون الخاص ، ولا تطبق وجوبا على روابط القانون العام الا اذا وجد نص يقضى بذلك . فان لم يوجد فلا يلتزم القضاء الإداري بتطبيق القواعد المدنية حتما وكما هي ، وانما تكون له حريته واستقلاله في ابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ في مجال القانون العام بين الادارة في قيامها على المرافق العامة وبين الأفراد ، فله أن يطبق من اقواعد المدنية ما يتلاءم معها ، وله أن يطرحها ان كانت غير متلائمة معها ، وله أن يطورها بما يحقق هذا التلاؤم . ومن هنا يفترق القانون الإداري عن القانون المدني في أنه غير مقنن ، حتى يكون متطورا غير جامد . ويتميز القضاء الإداري عن القضاء المدني في أنه ليس مجرد قضاء تطبيقي مهمته تطبيق نصوص مقننة مقدما ، بل هو على الأغلب قضاء انشائي لا مندوحة له من خلق الحل المناسب ، وبهذا أرسى القواعد لنظام قائم بذاته ينبثق من طبيعة روابط القانون العام واحتياجات المرافق ومقتضيات سيرها ، وايجاد مركز التوازن والموازنة بين ذلك وبين المصالح الفردية ، فابتدع نظرياته التي استقل بها في هذا الشأن أو سبق بها القانون الخاص ، سواء في علاقة الحكومة بالموظف أو في المرافق العامة وضرورة استدامتها

(١) راجع في التفاصيل مؤلفنا « مبادئ القانون الإداري » في أي من طبعته الممتدة .

(٢) راجع المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ في تنظيم مجلس الدولة المصري .

وحسن سيرها أو في العقود الادارية أو المسؤولية أو في غير ذلك من مجالات القانون العام . . . » (١)

ولما كان القانون الادارى يغلب عليه الطابع القضائى للأسباب التى فصلتها المحكمة الادارية العليا فى حكمها السابق ، فإن الأسس التى قامت عليها « نظرية العقد الادارى » - كما هو الشأن بالنسبة الى سائر نظريات القانون الادارى - هى من صنع القضاء الادارى الفرنسى . حقيقة ان المشرع الفرنسى كثيرا ما تدخل ليتبنى بعض الأحكام القضائية فى مادة العقود الادارية ، ونظما بتشريعات خاصة ، ولكن النظرية العامة للعقود الادارية ما تزال فى مجموعها قضائية ، ومن ثم فإن أحكامها تتطور باستمرار لتستجيب لحاجات المرافق العامة المتجددة . ولهذا أيضا فإن نظرية العقود الادارية - كما هى مقررة فى الفقه والقضاء الفرنسيين - لم تتأصل فى مصر الا فى تاريخ حديث جدا نظرا لحدثة القضاء الادارى بصفة عامة ، ولأن اختصاص القضاء الادارى المصرى بموضوع العقود الادارية لم يتقرر الا فى تاريخ متأخر جدا كما سنرى تفصيلا فيما بعد ، ولكن الأحكام التى صدرت من دائرة العقود الادارية بمحكمة القضاء الادارى ، ومن المحكمة الادارية العليا فى تعقينها على أحكام تلك الدائرة ، تكشف عن فهم عميق للأحكام الأساسية التى تقوم عليها العقود الادارية ، وتسلم بالمبادئ الرئيسية فى الموضوع لدرجة تسمح لنا بأن نؤكد من الآن ، أن نظرية العقد الادارى وإن كانت قد ظلت مجهولة فى مصر حتى تاريخ متأخر كما سنرى ، فإن أحكامها الأساسية تتبلور بصورة واضحة ، ومعالمها تتكامل فى سرعة منقطعة النظير مما يؤيد الحقيقة الراسخة ، من أنه لا يمكن التحدث عن قانون ادارى دون التحدث عن مجلس الدولة . فاذا كانت الوظيفة

(١) مجموعة أحكام المحكمة الادارية العليا ، السنة الأولى ، ص ٨٠٧ وبالمعنى ذاته أحكامها الصادرة فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٦ ، السنة الثانية ص ١٢٩ . وفى خصوص مدى تطبيق قواعد القانون الخاص على علاقات القانون العام ، راجع أحكامها الصادرة فى ٣١ مارس سنة ١٩٦٢ ص ٧ ص ٢٢٧ وفى ٥ مايو سنة ١٩٦٢ ص ٧ ص ٢٢٩ وفى ٢٣ يوتية سنة ١٩٦٢ ص ٧ ص ١١١ . الخ .

هى التى تخلق العضو ، فان العضو فى حالتنا قد أثر بدوره على الوظيفة الى حد بعيد !

٣ - غير أن درجة أصالة نظريات القانون الادارى تتفاوت فيما بينها ، فمنها ما لا مقابل له فى القانون الخاص كى ، كى نظرية القرارات الادارية ، والضبط الادارى ، والتنفيذ المباشر . . . الخ ومنها ما يقوم بينه وبين نظريات القانون الخاص شبه كبير . ومن النوع الأخير ، نظرية المقعد الادارى . فإذا كانت الأحكام التى تقوم عليها المقود الادارية تتضمن كثيراً من القواعد التى تنبؤ عن منطق القانون الخاص ، فانه من المهم جداً أن نذكر من الآن ، أن كثيراً من الأحكام الضابطة للمقود الخاصة فى المجموعة المدنية ، تسرى بذاتها على المقود الادارية ! ذلك لأن بعض القواعد الواردة فى المجموعة المدنية ، ليست الا تقنيناً لمبادئ تملئها طبيعة الأمور أو مقتضيات العدالة المجردة مما لا يختلف فيه روابط القانون العام عن روابط القانون الخاص . وبالتالي فلا حرج على لقاضى الادارى فى أن يستهدى بتلك القواعد فى جسم المنازعات التى تنشأ بين الادارة والأفراد بصدد عقد ادارى . وليس فى هذا أى مساس باستقلال القضاء الادارى . أو كما يقول مفوض الدولة «Rivet» فى مذكرته المقدمة فى قضية^(١) «Olive» مخاطباً مستشارى مجلس الدولة الفرنسى . . . انكم أحرار فى قضائكم ، وأنتم الذين تخلقون القواعد التى تطبقونها . ولا تستبقون من القواعد الواردة فى المجموعة المدنية الا ما يتفق تطبيقه وضرورات الحياة المدنية . .

وعلى هذا الأساس فان المتتبع لقضاء مجلس الدولة الفرنسى فى موضوع المقود الادارية يجد أنه يسلك فى هذا الخصوص احدى السبل الثلاث الآتية :

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢١ فى قضية «Savonnerie H. Olive» مجلة القانون العام سنة ١٩٢١ ص ١٠٧ . وتقرير «Rivet» حيث يقول :

«Vous êtes maîtres de votre jurisprudence. A Vous de la créer ... en n'en retenant les règles du Code civil que dans la mesure où l'application en est compatible avec les nécessités de la vie collective».

فى بعض الحالات ، وهى قليلة نسبيا ، يطبق مجلس الدولة الفرنسى نص المادة الواردة فى المجموعة المدنية مع الاشارة صراحة الى رقم تلك المادة كما هو وارد فى تلك المجموعة (١) .

وفى بعضها الآخر يطبق المجلس المبادئ والأفكار المدنية دون أن يشير الى أرقام المواد صراحة (٢) .

وفى سائر الحالات يطبق الأحكام الادارية التى لا نظير لها فى القانون الخاص ، والتى تميز العقود الادارية ، عن عقود القانون الخاص التى تيرمها الادارة (٣) .

وقد أتيج لكل من المحكمة الادارية العليا ، ومحكمة القضاء الادارى أن تطبق مبادئ مشابهة . فالمحكمة الادارية العليا تقرر المبدأ العام الذى يحكم العلاقة بين القانونين فى حكمها الصادر فى ٣١ مارس سنة ١٩٦٢ (س ٧ ص ٥٢٧) حيث تقول ان « . . . تطور القانون الادارى ، وأن اتجه الى الاستقلال بمبادئه وأحكامه ، الا أن ذلك لا معنى قطع الصلة من غير مقتضى بينه وبين القانون المدنى » . ولأجل هذا فانها تقرر فى حكمها الصادر فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٥٩ (السنة ٥ ص ١٠٦) أن القواعد المقررة فى القانون المدنى فى خصوص القوة القاهرة والحادث الفجائى « . . . لئن كان مجال

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٣ فى قضية «Grands moulins de Corbeil» المجموعة ص ٨٢٢ حيث أشار المجلس صراحة الى المادة ١١١٦ الخاصة بالنشء «sedeo» وحكمه الصادر فى ٩ فبراير سنة ١٩٥١ فى قضية «Ste Bornhauser» المجموعة ص ٨١ حيث أشار المجلس الى المادة ١٩١٧ وحكمه فى ٢٨ يوليو سنة ١٩١١ فى قضية «De la Guérinière» المجموعة ص ٩٣٣ حيث أشار الى المادة ١٣٧٥ . . الخ .

(٢) راجع فيما يتعلق بفكرة السبب فى العقود الادارية ، تقريراً للمفوض «Theiss» بمناسبة حكم المجلس فى ٢٩ يناير سنة ١٩٤٧ فى قضية «Micheaux» مجلة القانون العام سنة ١٩٤٨ ص ٢٨ حيث يقول :

«Selon l'article 1131 du Code civil un contrat sans cause ne peut avoir aucun effet. La règle vaut en matière administrative à cette réserve près qu'elle doit être appliquée compte tenu des principes qui président à l'organisation et au fonctionnement des services publics» .

(٣) راجع بطول دى لوبادير فى العقود الادارية ، طبعة سنة ١٩٥٦ ص ٢١ وما بعدها .

تطبيقاً في روابط القانون الخاص ، إلا أن القضاء الإداري قد اطرء على الأخذ بها باعتبارها من الأصول العامة التي يجب النزول عليها في تحديد الروابط الإدارية في مجال القانون العام ، مادامت تتسق مع تسيير المرافق العامة ، وتكفل التوفيق بين ذلك وبين المصالح الفردية الخاصة ، كما تقول في حكمها الصادر في ٥ مايو سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٧٧٩) ان المادة ١٢٣ من القانون المدني والتي تجيز تصحيح الأخطاء المادية في العقود تنطبق على الروابط العقدية باعتبار أنها « تقرر أصلاً من الأصول العامة التي تملئها طبيعة الأمور ، ومقتضيات العدالة وحسن النية » . كما تؤكد في حكمها الصادر في ٢٣ يونية سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ١١١٠) « ... أن الاستهزاء في تعرف النية المشتركة للمتعاقدين بطبيعة التعاقد وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف التجاري في المعاملات (المادة ١٥٠ مدني) ليس بقاعدة ملزمة للمحكمة ، وإنما تستأنس بها ، وهي في حل من ألا تتبعها إذا رأت أن اتباعها غير ذي جدوى في الوصول الى تعرف نية المتعاقدين » (١) .

- (١) ويراجع من أحكامها الحديثة نصيباً في ذات المجال :
- حكمها الصادر في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٦٥ ، ص ١١ ، ص ٥٢ (التمييز من فسخ العقد) وفي ١٠ ديسمبر سنة ١٩٦٦ (ص ١٢ ، ص ٢٦٠) .
 - حكمها الصادر في ١١ ديسمبر سنة ١٩٦٥ ، ص ١١ ، ص ١٢٨ (تطبيق المادة ٢٠٤ مدني الخاصة بالوكالة) وفي ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٦٨ ، ص ١٤ ، ص ٥٦ .
 - حكمها الصادر في ٢٧ مايو سنة ١٩٦٧ ، ص ١٢ ، ص ١١٠ (تطبيق المادة ٢٤٠ مدني ، البيع بالمينة) .
 - حكمها الصادر في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٦٧ ، ص ١٣ ، ص ٩٤ (تطبيق المادة ٢٢٩ مدني ، التضامن بين الدائنين أو المدينين) .
 - حكمها الصادر في ديسمبر سنة ١٩٦٧ ، ص ١٣ ، ص ١٦٦ (تطبيق مبادئ القانون المدني الخاص بتفسير العقود) .
 - حكمها الصادر في ١٠ فبراير سنة ١٩٦٨ ، ص ١٣ ، ص ٤٦٤ (المادتان ٥٤٩ و ٥٥٢ عقد الصلح ومقوماته) .
 - حكمها الصادر في ٢ مارس سنة ١٩٦٨ ، ص ١٣ ، ص ٦٢٥ (المادتان ١٢٠ و ١٢١ الخاصة بالغلط) .
 - حكمها الصادر في ٢٩ يونية سنة ١٩٦٨ ، ص ١٣ ، ص ١١١٣ (المادة ٢٢٩ الخاصة بقوائد التأخير) وفي ٤ أبريل سنة ١٩٧٠ ، ص ٤٥ ، ص ٢٥٧ =

كما أن محكمة القضاء الإداري قد طبقت ذات المبادئ السابقة ، فهي تقر في حكمها الصادر في ١٩ يناير سنة ١٩٥٨ (السنتان ٢١ و ١٣ ص ٤٣) أن القانون المدني يجيز في المادة ٣٤٦ منه للمحكمة أن تمنح المدين أجلا أو أجالا إذا رأت محلا لذلك ، ولم يكن هناك ضرر للدائن وأنه « ... ليس ثمة ما يمنع من الأخذ بهذا المبدأ بالنسبة الى معاملات الأفراد مع الحكومة باعتبار هذا النص يقرر حقا للمحاكم أساسه الرحمة بالمدين دون ما اضرار بالدائن . ومن ثم ترى المحكمة تمكين المدعى عليهما من الوفاء بالتزامهما وتمكين للوزارة من استيفاء حقوقها قبلهما أن تقسط المبلغ الذي يلتزمان به على أقساط تطبيقها مواردتهما حتى لا تعجزهما المطالبة بالمبلغ كاملا وعلى دفعة واحدة » . كما أنها ضاغت القاعدة حكمها الصادر في ٢٢ مارس سنة ١٩٥٩ (السنتان ١٢ و ١٣ ص ١٧٩) على النحو التالي : « ... ان المادة ١٨٧ من القانون المدني (الخاصة بالتقادم) انما وضعت لتحكم روابط القانون الخاص التي تختلف عن روابط القانون العام ، فلا الزام على القضاء الإداري بتطبيقها كما هي على روابط القانون العام ما دام لا يوجد نص خاص يقضى بذلك . بيد أنه من المسلم فقها وقضاء أن للقضاء الإداري أن يقتبس من القواعد المدنية ما يتلاءم مع طبيعة روابط القانون العام ، كما له أن ينسقها ويطورها وفقا لاحتياجات سير المرافق العامة ، والتوفيق بين ذلك حقوق الأفراد والهيئات . ولا ترى المحكمة ثمة مانعا من تطبيق المادة المذكورة من القانون المدني على روابط القانون العام أيضا » .

- = حكمها الصادر في ١١ أبريل سنة ١٩٧٠ ، من ١٥ ، ص ٦٤ (المادة ١٤٨ الخاصة بتنفيذ العقود) .
- حكمها الصادر في ٢٠ مارس سنة ١٩٧١ ، ص ١٦ ، من ١٩٧٥ (المادة ٤٤٧ الخاصة بالمعيب الخفية) .
- حكمها الصادر في ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٧١ من ١٧ ، ص ١٢١ ، (المادة ٦٥١ مدني الخاصة بالتقادم) .
- حكمها الصادر في ٢٦ فبراير سنة ١٩٧٢ من ١٧ ، ص ٢٦٣ ، (المادة ٥٩٩ الخاصة بزيادة المدة في العقود) وسوف نعود الى شرح هذا المبدأ فيما بعد .
- حكمها الصادر في ١٩٧٤/٦/٢٩ (مجموعة المبادئ من ١٩٤١) . بتطبيق المادة ١٢٠ من القانون المدني الخاصة بالنقل في الفقه وتطابق الآراء ... الخ .

ومن ثم فإن الخصائص الذاتية للمقود الادارية ، يجب ألا تحجب عن الأنظار القدر المشترك من الأحكام بينها وبين سائر المقود ، ذلك القدر الذى يحكم جميع المقود لمجرد كونها عقودا ، وهو معنى كثيرا ما تبرزه المحكمة الادارية العليا فى أحكامها التى أشرنا إليها والتى سوف نعرض لها عند دراسة تفاصيل أحكام المقود الادارى .

٤ - ثم ان الدراسة فى موضوع المقود الادارية كانت فى أول الأمر تقتصر على سرد الأحكام الخاصة بكل عقد ادارى - لا سيما المقود الادارية المسماة الهامة - على حدة ، وبهذا اتسمت دراسات الفقيه جيز ، وهو أول من درس باستفاضة أحكام المقود الادارية . ولكن الدراسات الحديثة تستهدف استخلاص الخصائص الذاتية الموجودة فى المقود الادارية والتى تميزها عن عقود القانون الخاص سواء أبرمتها الادارة أو الأفراد . وهو ما سوف نلتزمه فى هذا المؤلف ، على أن نبرز فى بعض الحالات الأحكام الخاصة بالمقود الادارية الهامة .

ونرى أن نتناول الموضوع على النحو التالى :

- القسم الأول : فكرة المقود الادارية فى فرنسا وفى مصر .
- القسم الثانى : ابرام المقود الادارية .
- القسم الثالث : الالتزامات التى تتولد عن المقود الادارية .
- القسم الرابع : نهاية المقود الادارية .

القسم الأول

فكر العقود الادارية في فرنسا وفي مصر

وندرس في هذا القسم على التوالى :

- أولا : نشأة العقود الادارية في فرنسا وفي مصر
- ثانيا : معيار تمييز العقود الادارية
- ثالثا : التعريف بالعقود الادارية الهامة
- رابعا : قواعد الاختصاص في مجال العقود الادارية

الكتاب الأول

نشأة العقود الادارية في فرنسا وفي مصر

الفصل الأول

نشأة العقود الادارية في فرنسا

لم تنشأ نظرية العقود الادارية في القانون الادارى الفرنسى الا فى تاريخ متأخر ، لا يكاد يتجاوز مطلع القرن الحالى ، فلقد كان المعيار المتبع فى توزيع الاختصاص بين المحاكم القضائية من ناحية والقضاء الادارى من الناحية الأخرى ، يرتكز على فكرة السيادة أو السلطة ، فالمنازعات التى تتعلق بأعمال السلطة «Les actes d'autorité» هى وحدها التى يختص بها القضاء الادارى . أما التصرفات المادية «Les actes de gestion» التى تهبط فيها الادارة الى مرتبة الأفراد العاديين ، فتبيع أو تشتري أو تستأجر . . . الخ فانها تترك لاختصاص المحاكم المادية ، لأن التصرفات الأولى ، التى تنطوى على عنصر السلطان وخصائصه ، لا نظير لها فى القانون الخاص . ومن ثم فانها تندرج فى اختصاص المحاكم الادارية دون حاجة الى نص خاص . ومثال ذلك أن تفرض الادارة بارادتها المنفردة التزامات على الأفراد بممل أو امتناع ، أو أن تصدر قرارا بالاستيلاء أو بالقبض على أحد الأفراد . . . الخ ووفقا لهذه النظرية ، التى سادت حتى مطلع القرن الحالى ، كانت العقود التى تبرمها الادارة تعتبر من قبيل التصرفات المادية التى تندرج فى اختصاص المحاكم القضائية^(١) . وكانت المحاكم القضائية تطبق عليها بطبيعة الحال قواعد القانون الخاص .

(١) مطول لافيريير فى القضاء الادارى الطبعة الثانية ، الجزء الأول ، ص ٥٩٥ .

ولكن استثناء من القاعدة السابقة ، والتي تعتبر بمقتضاها عقود الادارة من قبيل التصرفات المادية التي تخضع لاختصاص المحاكم القضائية ، فان المشرع الفرنسي ، لأسباب خاصة ، قد نص على اختصاص المحاكم الادارية بالفصل في المنازعات المتعلقة ببعض العقود التي تبرمها الادارة . ومن هذا القبيل قانون ٢٨ بليغوز ، السنة الثامنة ، الذي جعل من اختصاص مجالس الأقاليم ، النظر في المنازعات المتعلقة بعقود الاشغال العامة ، وعقود بيع أملاك الدولة . وقانون ١٧ يوليو سنة ١٧٩٠ و ٢٦ سبتمبر سنة ١٧٩٣ الخاص بعقود القروض العامة التي تبرمها الدولة ، والمرسوم بقانون الصادر في ١٧ يونيو سنة ١٩٣٨ الخاص بالعقود التي تتضمن شفا للردمين العام ٠٠٠ الخ . وقد أطلق الفقهاء على هذه العقود ، تسمية « العقود الادارية بتحديد القانون » *« Les contrats administratifs par détermination de la loi »* . لأن اختصاص القضاء الادارى بتلك العقود لم يكن يستند الى خصائص ذاتية وانما يرجع الى ارادة المشرع .

ولكن مجلس الدولة الفرنسي بذل جهدا كبيرا في سبيل توسيع اختصاصه ، فقاس على العقود المنصوص عليها عقودا أخرى لم يرد بشأنها نصوص . وعلى هذا الأساس مد مجلس الدولة الفرنسي اختصاصه عن طريق القياس على عقد الأشغال العامة الى عقود طلب المعاونة ، والعقود الخاصة بالاضامة وتوزيع المياه وغاز الاستمباح في المدن ، والعقود التي تتعلق بكنس الشوارع ٠٠٠ الخ استنادا الى أن تلك العقود تحتوى على عنصر الأشغال العامة^(١) . ولما كان المسلك السابق يستند الى المعيار العام في توزيع الاختصاص بين المحاكم القضائية والقضاء الادارى - وهو معيار السلطة العامة كما ذكرنا - فقد انهار حين عدل الفقه والقضاء عنه الى معيار « المرفق العام » *« Le critère du service public »* فمعيار

(١) راجع رسالة الدكتور ثروت بدوى ، سنة ١٩٥٥ بالفرنسية وموضوعها :

Le fait du prince dans les Contrats Administratifs.

ص ١٧ وما بعدها .

السلطة العامة يمييه المفوض ، لأنه لا يقدم فاصلا دقيقا بين أعمال السلطة العامة والتصرفات العادية ، كما أنه يضيق مجال القانون الإدارى الى حد كبير اذ يخرج من نطاقه كل تصرف ادارى لا يكون مطبوعا بخصائص السلطة العامة . وأخيرا فإنه يتجاهل مستلزمات الحياة الادارية الحديثة ، ذلك أن الادارة ، فى خارج نطاق فكرة السلطة ، قد تحتاج الى قواعد خاصة لتسهيل مهمتها فى تحقيق النفع العام^(١) .

وعلى هذا الأساس أهمل مجلس الدولة الفرنسى فى مطلع القرن الحالى المعيار المستمد من فكرة السلطة العامة ، واستبدل به معيار المرفق العام ، كما صوره فى حكم «Terriers» الصادر فى ٦ فبراير سنة ١٩٠٣^(٢) . فقد أوضح المفوض روميو فى تقريره الذى قدمه بهذا الخصوص ، أن اختصاص القضاء الإدارى يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة ، قومية كانت أو محلية ، سواء أكانت وسيلة الادارة فى ذلك عملا من أعمال السلطة أو تصرفا عاديا . فالعقود التى تبرمها الادارة بهذا الخصوص هى أعمال ادارية بطبيعتها ، وبالتالي يجب أن يختص القضاء الإدارى بالفصل فى كل ما ينجم عنها من منازعات .

واذا كان هذا التصوير من شأنه أن يجعل علاقة القانون الإدارى بالمرفق العام علاقة حتمية ، فإن المفوض روميو قد حرص فى تقريره السابق على أن يبرز أن فكرة المرفق العام - وان كانت ضرورية لكى يختص القضاء الإدارى بالفصل فى المنازعات المتعلقة بأعمال الادارة - فإن الادارة حرة فى أن تلجأ الى وسائل القانون الخاص اذا رأت أن تلك الوسائل أنجع فى تسيير المرافق العامة . وبأعمال القواعد السابقة ، تكتسب عقود الادارة الصبغة

(١) راجع فى التفاصيل مؤلفنا مبادئ القانون الإدارى وقد سبقت الإشارة اليه .

(٢) ميرى ، سنة ١٩٥٣ القسم الثالث ص ٢٥ مع تقرير المفوض روميو وتعليق هوريو .

الادارية ، لا بناء على ارادة المشرع ، ولكن استنادا الى خصائصها الذاتية . كما أنه لا يكفي أن ينص المشرع على أن المنازعات المتعلقة بمقد معين تدخل في اختصاص المحاكم الادارية للقول باخضاعه لقواعد القانون العام ، بل يجب أن يحتوى المقد الذى تبرمه الادارة على خصائص ذاتية تجعل خضوعه لقواعد القانون العام أمرا حتميا .

ويترتب على هذا المسلك أيضا مرونة العقود الادارية ، فهى ليست محصورة سلفا فى عدد معين من العقود ، ولكن مجالها يمتد الى كل اتفاق تبرمه الادارة مع الأفراد ، وتنصرف نيتها الى أن تسبغ عليه الصفة السابقة .

الفصل الثاني

نشأة العقود الادارية في مصر

ذكرنا فيما سبق أن أحكام العقود الادارية هي من صنع القضاء الادارى فى فرنسا . ولما كانت مصر لم تأخذ بنظام القضاء الادارى الا ابتداء من سنة ١٩٤٦ ، فليس من المستغرب أن نقرر من الآن ، أن نظرية العقد الادارى ، لم تعرف سبيلها الى القانون الادارى المصرى الا بعد التاريخ السابق . وهذا ما سوف نبزّه بدراسة الأوضاع القانونية قبل وبعد انشاء مجلس الدولة فى مصر ، فنستعرض فكرة العقد الادارى أمام المحاكم القضائية ثم أمام مجلس الدولة المصرى .

المبحث الأول

فكرة العقد الادارى أمام المحاكم القضائية

نستطيع أن نقول - دون مغالاة - ان المحاكم القضائية أهلية ومختلطة لم تعرف القواعد الادارية التى شادها مجلس الدولة الفرنسى لتحكم العقود الادارية والتى سنعرض لها تفصيلا فيما بعد ، بل كانت تطبق على عقود الادارة القواعد الواردة فى التشريعات الخاصة بكل عقد منها . فاذا لم يكف ثمة تشريعات خاصة ، طبقت القواعد الواردة فى القانون المدنى ، على أساس أن القاضى مهمته تطبيق القانون لا خلق القانون .

نجد هذا المعنى واضحا فى رفض القضاء الأهلى والمختلط الأخذ بنظرية الظروف الطارئة التى أقرها مجلس الدولة الفرنسى من تاريخ متقدم .

وعلى هذا الأساس أصدرت محكمة الاستئناف المختلطة حكما فى ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ أنكرت بمقتضاء على شركة مياه

الاسكندرية حقها في طلب زيادا المقابل الذى تتقاضاه من المشتركين بسبب ارتفاع التكاليف ارتفاعا كبيرا ، وقررت أن السبيل الوحيد أمام الشركة هو الاتفاق الودى مع الادارة ، وليس للقضاء أن يعتدى على حق الادارة فى هذا الخصوص لأن اختصاصه يقتصر على تفسير الاتفاقات المبرمة بقصد العمل على احترامها دون تعديل فى شروطها^(١) . وبذات المعنى قضت محكمة الاسكندرية المختلطة فى ٦ مايو سنة ١٩٢٦ فأعلنت أن القانون المصرى يجهل نظرية الظروف الطارئة وأن مهمة المحاكم تنحصر فى تفسير العقود والعمل على احترام الاتفاقات التى تعقد بحرية ، وأن هذه المبادئ تسرى على عقود الامتيازات التى تبرمها الادارة دون شك^(٢) .

ولم تخرج المحاكم الأهلية على المسلك الذى التزمته المحاكم المختلطة ، كما يبدو ذلك من استعراض هذا الموضوع المشهور : تعاقد أحد الأفراد مع الادارة على توريد كمية كبيرة من الشعير فى وقت كان الشعير فيه مسعرا . ولما بدأ فى تنفيذ العقد ، ألغت الحكومة التسعيرة مما ترتب عليه ارتفاع سعر الشعير ارتفاعا ضخما . فتوقف المتعهد عن التوريد مما اضطرت معه الادارة الى شراء الكمية المطلوبة بالسعر المرتفع ، ثم رفعت دعوى على المتعهد لتطالبه بفرق الثمن . فدفع بالظروف الطارئة^(٣) . ولكن محكمة أول درجة رفضت الدفع بقولها : « انه من المتفق عليه أن ارتفاع السعر أو تكبد المتعهد خسائر لم تكن فى حسبانته لا تخليه من الالتزام بالوفاء اذ أن ذلك لا يعد من الحوادث القهرية التى تعفيه من المسؤولية »^(٤) .

(١) مجموعة التشريع والقضاء المختلطة ، السنة ٣٦ ص ٢٨١ .

(٢) الجازيت ، السنة ١٦ ص ٢٥٥ .

(٣) لا يعنينا هنا ، هل كان الدفع صائبا أو غير صائب ، فسوف ندرس أحكام نظرية الظروف الطارئة تفصيلا فيما بعد . ولكن الذى يهمنا فى هذا المقام هو موقف القضاء عموما من النظرية باعتبارها تطبيقا للقواعد الادارية فى مجال عقود الادارة .

(٤) حكم محكمة الاسكندرية الأهلية الابتدائية فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ ، مجموعة رسمية سنة ١٩٢٧ حكم رقم ١١٦ ص ٢٢٣ .

وأمام محكمة الاستئناف ، ألغى الحكم الابتدائي السابق ، وقررت المحكمة إبراء ذمة المتهم استنادا الى « انفساخ الالتزام بالظروف الطارئة التي لم يكن ليتوقعها العاقدان والتي تجعل التنفيذ مرهقا للمدين » .

ولكن محكمة النقض في حكمها الصادر في ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ ، ألغت حكم الاستئناف لأنه « أخطأ في تأويل القانون بتقريره المساواة بين الطرف الطارئ الذي قد يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للملتزم ، وبين الحادث الجبري الذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة وتقريره الأخذ في كليهما بفسخ الالتزام على حساب الدائن وإبراء ذمة المدين » . أما بخصوص نظرية الظروف الطارئة ، فقد قالت : « ومن حيث انه وان كانت هذه النظرية تقوم على أساس من العدل والمغو والاحسان ، الا أنه لا يصح لهذه المحكمة أن تستبق الشارع الى ابتداعها ، فيكون عليها هي وضعها وتبيان الظروف الواجب تطبيقها فيها .. » (١) .

وحكم النقض السابق يبرز الفارق الجوهرى بين القضاء العادى التطبيقى والقضاء الادارى ذى الطبيعة البريتورية . وعلى أساس حكم النقض السابق عدلت محكمة الاستئناف عن مسلكها (٢) .

وكما رفضت المحاكم القضائية أهلية ومختلطة أن يفيد التعاقد مع الادارة من نظرية الظروف الطارئة ، استنادا الى النصوص المدنية ، فقد حالت بين الادارة وبين تعديل شروط العقد بارادتها المنفردة استنادا الى القوة الملزمة للعقود باعتبارها شريعة التعاقدية .

أعلنت محكمة الاستئناف المختلطة المبدأ السابق في حكمها الصادر فى ١٣ يونية سنة ١٨٩٤ ، بمناسبة محاولة الحكومة نقل سلخانة مع مكانها فى وسط المدينة الى مكان آخر رغم ارادة الملتزم ، حيث تقول :

(١) مجموعة رسمية سنة ١٩٣٢ ، حكم رقم ١١٠ ص ٢١٠ .

(٢) راجع على سبيل المثال حكمها الصادر فى ٧ يونيو سنة ١٩٣٤ ، المعاماة السنة ١٥ ص ٥٦١ رقم ٢٦٦ .

« كما تولد الاتفاقات بإرادة الطرفين ، فأنها لا يمكن أن تعدل خلال المدة المقررة لنفاذها الا برضاء الطرفين ، ومن ثم يكون الحكم الابتدائي قد أصاب اذ رفض طلب الادارة »^(١) .

واعمالا لذات المبدأ استقرت أحكامها على منع الادارة من تغيير الرسوم التي تتقاضاها شركات الامتياز من المنتفعين بنخدماتها^(٢) . وبالرغم من اخضاع العقود الادارية للمبادئ المدنية بصفة عامة ، فان بعض الأحكام القضائية قد أبرزت الصفات الخاصة بالعقود الادارية ، وغلاقتها بالمرفق العام . ففي حكم لمحكمة الاستئناف المختلطة صادر في ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ تقرر أنه في حالة عدم وجود تشريعات خاصة لتنظيم العقود الادارية ، فانه على المحاكم عند التصدي للمنازعات المتولدة عن تلك العقود ، أن تراعى المبادئ الخاصة بالعقود الادارية والتي يمكن استمدادها من المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون الاداري ، ذلك القانون الذي يوجد حتما في كل دولة متحضرة^(٣) .

ولكن هذا الاتجاه ظل نظريا ، فلم يتمنخ عن نظام قانوني واضح المعالم للعقود الادارية ، يميزها عن عقود القانون الخاص ، حتى اضطر المشرع الى التدخل في بعض الحالات والتي أهمها اصدار القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة .

(١) مجموعة التشريع والقضاء المختلط ، السنة السادسة ، ص ٣٤٥ . ومع ذلك فقد خولت المحكمة للادارة حق نقل السلخانة الى المكان الجديد ، باعتبارها سلطة بوليس ، لا طرفا في عقد اداري . راجع تعليق الدكتور ثروت بدوي على هذا الحكم ، في رسالته بالفرنسية عن أعمال الأمير ، طبعه سنة ١٩٥٥ ، ص ٢٣ و ص ٥٢ .

(٢) محكمة القاهرة المختلطة في ٢ مارس سنة ١٨٩٦ ، وقد أيدته محكمة الاستئناف المختلطة في حكمها الصادر في ٣ يونيو سنة ١٨٩٦ ، مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة ٨ ص ٣١٣ وحكم محكمة الاسكندرية المختلطة في ٦ مايو سنة ١٩٢٦ ، الجايزيت ، السنة ١٦ ص ٢٥٥ .

(٣) « ... règles spéciales appliquées aux contrats administratifs, règles qui découlent des principes généraux du droit ... le droit administratif existe nécessairement dans tout Etat civilisé. »

مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة ٤٥ ص ١١٤ .

المبحث الثانى

فكرة العقد الادارى أمام مجلس الدولة

حينما أنشئت محكمة القضاء الادارى المصرى سنة ١٩٤٦ حددت المسائل الداخلة فى اختصاصاتها على سبيل الحصر • وهو المسلك الذى التزمه المشرع حتى سنة ١٩٧٢ • ولم يرد فى ذلك القانون شئ يتعلق بالعقود الادارية • وهكذا احتفظت المحاكم القضائية - أهلية ومختلطة - باختصاصها كاملا فى مجال العقود الادارية ، وان كان قسم الرأى بمجلس الدولة قد احتفظ بحق الفتوى فيما يعن للادارة من أمور منها - بطبيعة الحال - المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية • وبقي الحال على ذلك حتى صدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ ، ليحل محل القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ •

وقد استحدث هذا القانون فيما استحدثته، النص فى المادة الخامسة منه على اختصاص محكمة القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات الخاصة بمقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الادارية التى تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر فى العقد • وقد اتسم هذا الاختصاص الجديد بتحديدته من نواح ثلاث :

الأولى : أنه لم يمد اختصاص محكمة القضاء الادارى المصرية الى جميع أنواع العقود الادارية ، وانما قصر هذا الاختصاص على ثلاثة عقود أساسية هى عقود الامتياز والأشغال العامة والتوريد الادارية • وقد بررت لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب هذا التحديد بقولها « • لأنه لا يشترط أن كل عقد تكون الادارة طرفا فيه يصدق عليه أنه عقد ادارى ، فكثيرا ما ترتبط الادارة كائى فرد من الأفراد بمقود عادية ، ولأن تكييف المقد بأنه ادارى كان ولا يزال موضع خلاف كبير ، ولم ينته استقراء الفقهاء الى ضابط يحدد المقصود من العقد الادارى تحديدا مانما ، فالإقتصار فى هذا الصدد على تلك العقود المعنية يكفى هذا الخلاف الطويل » • ولا شك أن المقود الادارية

الثلاثة السابقة هي أهم العقود الادارية ، ولكنها ليست كل العقود الادارية . وبالتالي فإن تقرير قصر الاختصاص على تلك العقود استنادا الى هذا الاعتبار كان فيه كثير من المغالاة ، لأن معيار تمييز العقود الادارية أصبح واضعا لدرجة كافية كما سنرى فيما بعد .

ولهذا فقد احتالت محكمة القضاء الادارى - فى ظل القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ - لتوسع اختصاصها فى مجال العقود الادارية كما فعل مجلس الدولة الفرنسى من قبل ، فمدت اختصاصها الى عقود لم ترد فى النص استنادا الى اتصالها بعقد من العقود الثلاثة السابقة . ومن هذا القبيل حكمها الصادر فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ ، والذي جاء فيه : « وطبقا للمادة الخامسة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ الخاص بمجلس الدولة تختص هذه المحكمة بالفصل فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الادارية اختصاصا مطلقا شاملا لكل المنازعات وما يتفرع منها . وعلى هدى ما تقدم يتبين أن المنازعة موضوع الدعوى الغاء وتعويضات انما نشأت عن العقد الادارى الذى تعهد فيه المدعون بالمساهمة فى نفقات مشروع من مشروعات الأشغال العامة هو مشروع انشاء مبنى المحكمة عن طريق هبة الأرض التى تقام عليها ومبلغ من المال ، فهى منازعة وثيقة الارتباط بعقد من عقود الأشغال العامة هو تشييد هذا المبنى بحيث تعتبر خاصة به ، وبالتالي تندرج فيما تختص المحكمة بنظره بمقتضى المادة المشار اليها ، ومن ثم يكون الدفع بعدم الاختصاص فى غير محله متعيينا رفضة »^(١) . وهكذا مد المجلس اختصاصه الى عقد تقديم المعاونة استنادا الى اتصاله بعقد الأشغال العامة المنصوص عليه .

الثانية : أن اختصاص القضاء الادارى وفقا لقانون سنة ١٩٤٩ لا يتناول جميع المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية الثلاثة السابقة

(١) مجموعة أحكام المجلس ، السنة السادسة ، ص ٢١٤ .

وانما يقتصر على المنازعات التى تنشأ بين الحكومة وبين الطرف الآخر فى العقد . وقد أضافت لجنة العدل بمجلس الشيوخ هذا القيد وبررته بأن الفقرة المضافة قصد بها تحديد معنى المنازعات بحيث أخرج من اختصاص محكمة القضاء الإدارى المنازعات التى تنشأ بين الملتزم أو المتعهد وبين باقى الأفراد عما يصيبهم من الأضرار بسبب تقصير المتعهد أو الملتزم ، فانها تكون دائماً من اختصاص المحاكم العادية . وهذا الاطلاق محل نظر كما سنرى تفصيلاً فيما بعد .

الثالثة : أن النظر فى المنازعات المتعلقة بالمقود الثلاثة السابقة فى الحدود التى رسمناها ، لم يكن من الاختصاص المطلق لمحكمة القضاء الإدارى ، بل كان شركة بين المحاكم القضائية ومحكمة القضاء الإدارى ، يلجأ ذو المصلحة الى أى من الجهتين يشاء مع احترام القواعد التى وضعها المشرع لمنع الجهتين من نظر ذات الموضوع . وكان ذلك أبرز العيوب التى شابت الاصلاح الذى حققه قانون سنة ١٩٤٩ . والفريب أن لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب قد بررت الاختصاص الجديد لمجلس الدولة بأنه « . . . يتيح الفصل فيما ينشأ من المنازعات حول هذه المقود ، دون تقييد بالنصوص المدنية البعثة ويفسح المجال للأخذ فى شأنها بنظريات قد لا تتسع لها نصوص القانون المدنى ، كمنظرية الظروف الطارئة التى وضع القضاء الإدارى أساسها ، ولم تأخذ بها المحاكم العادية بعد لتأثرها بنظرية القوة القاهرة كما يعرفها القانون المدنى » . وواضح أن هذا التبرير يمارض أشد المارضة جعل الاختصاص مشتركاً بين المحاكم القضائية - المقيدة بنصوص القانون المدنى ونظرياته - وبين القضاء الإدارى الحر .

ولعل منطق قانون سنة ١٩٤٩ ، والذى جعل المحاكم القضائية جهة الاختصاص العام بالمنازعات المتعلقة بالمقود الادارية ، قد أثر على فتاوى قسم الرأى بمجلس الدولة - التى صدرت فى تلك الفترة - فجاءت فى معظم الحالات على هدى القواعد المدنية . ومن

ذلك على سبيل المثال فتوى قسم الرأى مجتمعاً رقم ٢٦٠ فى ١٩٥٠/٨/٣٠ والتي جاء فيها : « ان النص فى المقء على بقاء الآلات والمعدات الموجودة بالموقع ملكاً للحكومة اذا لم تقم الشركة بوفاء المبالغ المدفوعة اليها ، تببيعها الحكومة بدون اجراءات قضائية باطل ، لأن الأمر لا يمدو أن يكون اما بيعاً وفائياً ، وهو باطل طبقاً للقانون المدنى واما رهناً حيازياً وفى هذه الحالة يكون شرط البيع بدون اجراءات باطلاً طبقاً للمادتين ١١٠٨ و ١٠٥٢ من القانون المدنى »^(١) وفتوى الشعبة رقم ٥٩٢١ الصادر فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ والتي تقول : « بما أنه بالرجوع الى نصوص المقء المبرم مع المقاول يبين أنها لم تعرض الى حالة تحلل الوزارة من المقء ، ومن ثم يتمين الرجوع الى القواعد العامة التى نص عليها القانون المدنى فى هذا الشأن^(٢) » والفتاوى المطردة بخصوص الشروط الجزائية التى تضمنها الادارة عقودها من حيث اخضاعها للأحكام المدنية فى هذا الخصوص^(٣) .

وهذا كله بعكس الخطة التى التزمتها محكمة القضاء الادارى فانها - على الرغم من اختصاصها المحدود المقيد على النحو السابق - قد اتجهت من أول الأمر الى تطبيق أحكام القانون الادارى على ما يعرض عليها من منازعات متعلقة بالمعقود الادارية التى تدخل فى اختصاصها ، كما سنرى تفصيلاً فيما بعد .

فلما وضع القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ، تنبه الشارع الى ما فى الوضع السابق من عيوب ، لأنه من غير المعقول أن يترك للأفراد اختيار القواعد القانونية التى تحكم نوعاً واحداً من المنازعات ، وهو ما كان يؤدى الى الوضع السابق^(٤) .

(١) مجموعة فتاوى المجلس ، السنتين ٤ و ٥ ص ٨٠ .

(٢) مجموعة فتاوى المجلس السنتين ٦ و ٧ ص ٧٣٦ .

(٣) فتوى الشعبة رقم ٢٥٥ فى ١٢ يناير سنة ١٩٥٣ ، السنتين ٦ و ٧ ص

٥٣٣ .

(٤) لأن المتصادم مع الادارة كان فى وسعه أن يختار وفقاً لمصلحته الخاصة بين القواعد الادارية أو المدنية التى تحكم النزاع ، وذلك من طريق الاختيار بين المعاكم القضائية أو محكمة القضاء الادارى .

ولهذا نصت المادة العاشرة منه على أن « يفصل مجلس الدولة
بهيئة قضاء ادارى دون غيره فى المنازعات الخاصة بمقود الالتزام
والأشغال العامة والتوريد أو وبأى عقد ادارى آخر » .

وبررت المذكرة الايضاحية للقانون هذا الاختصاص الجديد
بقولها « ولقد كان الفصل فى طلبات التعويض المترتبة على القرارات
الادارية ، وكذلك الفصل فى المنازعات الخاصة بمقود الالتزام
والأشغال العامة والتوريد وسائر المقود الادارية مشتركا بين
القضاء الادارى والقضاء المادى . ولا يخفى ما فى هذا الاشتراك
فى الاختصاص من معاييب ، أقلها التعارض فى تأصيل المبادئ
القانونية التى تحكم هذه الروابط القانونية ، ولذلك رأى أن يكون
الفصل فيها من اختصاص القضاء الادارى وحده ، وهى الجهة
الطبيعية باعتبار أن تلك الروابط من مجالات القانون الادارى أو
القانون العام » . ولاشك فى سلامة الاعتبارات التى أوردتها المذكرة
الايضاحية . ولقد بقى هذا النص رقما ولفظا فى القانون رقم ٥٥
لسنة ١٩٥٩ فى شأن تنظيم مجلس الدولة .

أما فى القانون الحالى لمجلس الدولة (رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢)
فان اختصاص القضاء الادارى بالمنازعات المتعلقة بالمقود الادارية
قد ورد فى الفقرة رقم ١١ من المادة العاشرة والتى تنص على أن
« تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المسائل
الآتية » حادى عشر : « المنازعات الخاصة بمقود الالتزام أو
الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد ادارى آخر » وهى ذات
الصياغة الواردة فى القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ، وفى القانون
رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ .

هذا ويلاحظ أن النص فى القوانين الثلاثة المشار إليها قد
أطلق اختصاص القضاء الادارى بالنظر فى المنازعات المتعلقة
بالمقود الادارية من جميع القيود السابقة ، فلم يعد ذلك الاختصاص
مقصورا على عدد معين من عقود الادارة ، بل شمل جميع المقود
الادارية ، وامتد الى كافة المنازعات المتعلقة بتلك المقود .
(م - ٤ المقود الادارية)

وهكذا أصبح الوضع طبيعيا بعد صدور القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ، اذ توحدت جهة الاختصاص في موضوع العقود الادارية ، وبالتالي توحدت القواعد الموضوعية التي تحكم المنازعات المتعلقة بها ، وأصبح اتجاه مجلس الدولة المصرى الى تطبيق القواعد الادارية في هذا المجال ، اتجاها حقيقيا لا يعد منه ، أو ينقص من قيمته ، التزام المحاكم القضائية بتطبيق القواعد المدنية .

ولقد كان لهذا التغيير الجوهرى أثره المباشر على فتاوى القسم الاستشارى ، فاذا كان قسم الرأى معذورا قبل صدور القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ فى أن يتأثر - ان كثيرا أو قليلا - بالقواعد المدنية ، فلأن المحاكم القضائية ذات الاختصاص العام فى مجال عقود الادارة - مدنية أو ادارية - حتى صدور القانون السابق كانت مقيدة بالنصوص المدنية ، وكان من المستحسن أن يكون ثمة انسجام بين الفتاوى والأحكام . أما بعد صدور القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ فلم يكن ثمة مناص من التزام القواعد الادارية فى مجال الفتاوى مسaire لقضاء المجلس المستقر فى هذا الصدد . وهذا ما فعله القسم الاستشارى - ونكتفى فى هذا الخصوص بأن نذكر على سبيل المثال فتويين من فتاويه التي تكشف عن هذا التحول :

أولا : فتوى الجمعية العمومية رقم ٦٣٧ بتاريخ ٢٢/١٠/١٩٥٦ بخصوص غرامات التأخير وقد جاء فيها : « ان العقود الادارية تختلف فى طبيعتها عن العقود المدنية ، ذلك لأنها تعقد بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص من أشخاص القانون الخاص بقصد تحقيق مصالح عامة ، ومركز المتعاقدين فيها غير متكافئ ، اذ يجب أن يراعى فيها دائما تغليب المصالح العام على المصالح الخاص . وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين عند تطبيقه وتفسيره ، كما أن الادارة تراعى فى الشروط الجزائية المنصوص عليها فى عقد ما ، ملاءمتها لطبيعة هذا العقد وقيمه وموجبات السرعة فى تنفيذه وضرورة اتمام هذا التنفيذ فى وقت معين وطريقة معينة حتى تكفل انتظام سير المرفق العام . هذا فضلا عن

أن المتعاقد مع الادارة يقبل التعاقد مقدما بجميع الشروط والظروف المحيطة بالعقد ، وينبنى على ذلك أنه فى حالة التأخير فى تنفيذ العقود الادارية يكون الضرر مفترضا وقائما حتما بمجرد حصول التأخير لما ينطوى عليه التراخى فى تنفيذ هذه العقود - فى حد ذاته وبفض النظر عما عساه يقع من أضرار أخرى - من اخلال بالنظم والترتيبات التى تضعها الادارة وتحرص على التزامها من تعويق ولو جزئى لحسن سير دولاب الأعمال الحكومية وتتابع حلقاته وترباطها . وفى ذلك الاخلال وهذا التعويق مساس ولا ريب بالمصالح العام ، الذى ينبغى أن يكون دائما محلا للاعتبار فى العقود الادارية » .

ثانيا : فتوى الجمعية العمومية رقم ١٢٣ بتاريخ ٤ فبراير سنة ١٩٥٦ ، وهى وان كانت خاصة بمقد الالتزام ، الا أنها فى عمومها تصدق على باقى العقود : جاء فى تلك الفتوى : « من المسلم فقها وقضاء أن مانح الالتزام يملك بارادته المنفردة تعديل الشروط اللائحية لعقد الالتزام فى أى وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم » . وحق تعديل الشروط اللائحية مستمد من طبيعة موضوع العقد وهو المرفق العام ، اذ القاعدة الأساسية أن السلطة هى صاحبة الكلمة العامة فى تنظيم وإدارة المرافق العامة لتعلق ذلك بالمصالح العام . فاذا تغيرت الظروف وأصبح نظام المرفق الذى تقرر وقت التعاقد لا يتفق مع الظروف الجديدة ، ولا يحقق المنفعة التى أنشئ لتحقيقها ، كان للسلطة العامة مانعة الالتزام أن تغير هذا النظام وأن تفرض على الملتزم بمحض سلطتها النظام الذى تراه أدنى الى تحقيق المصلحة العامة . . .

« ولقد أخذ المشرع المصرى بما استقر عليه الفقه والقضاء الاداريين فى هذا الشأن ، اذ نص القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة فى المادة الخامسة منه على أن « مانح

الالتزام دائما متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله » •

فكان الجمعية العمومية للقسم الاستشارى ترى أن النص السابق ان هو الا مجرد تطبيق للنظرية العامة فى العقود الادارية •

وسوف نعرض عند تصدينا لدراسة الأحكام التفصيلية لنظرية العقد الادارى الى أهم الفتاوى المنشورة لقسم الرأى فى هذا الخصوص •

الباب الثاني

معيار تمييز العقود الادارية

ليس كل عقد تبرمه الادارة عقدا اداريا يخضع للقانون العام ويكون الاختصاص بالفصل في المنازعات المتعلقة به للقضاء الادارى ، بل يقتصر ذلك على فئة خاصة من عقود الادارة كما ذكرنا ، هي التى يطلق عليها اصطلاح « العقود الادارية » .

فكيف يمكن تمييز العقود الادارية عن عقود الأفراد وعقود الادارة التى تخضع للقانون الخاص ؟! لقد رأينا فيما سبق أن لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب قد استندت الى صعوبة التمييز بين النوعين السابقين من العقود ، لكى تبرر قصر اختصاص القضاء الادارى المصرى على ثلاثة عقود فحسب بمقتضى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ على التفصيل السابق . واذا كان معيار التمييز بين العقود الادارية وغيرها دقيقا فى بعض الأحيان ، فان الفقه والقضاء الاداريين قد وصلا به الى درجة كبيرة من الوضوح فى الوقت الحاضر . ولما كان مجلس الدولة المصرى قد سار على غرار مسلك مجلس الدولة الفرنسى ، فاننا سنكتفى بعرض المعيار المستقر فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى مع الاشارة الى قضاء مجلس الدولة المصرى فى هذا الخصوص ، ومع ابراز خصائص وضعنا القانونى فى الحالات التى يختلف فيها هذا الوضع فى مصر عنه فى فرنسا .

والعقود الادارية فى فرنسا تنتمى فى الوقت الحاضر الى طائفتين :

اولا : العقود الادارية بتحديد القانون .

ثانيا : العقود الادارية بطبيعتها .

وسوف نشير الى النوعين على التوالى :

الفصل الأول

العقود الادارية بتحديد القانون

رأينا عند تصدينا لدراسة نشأة العقود الادارية فى فرنسا ، أن اختصاص القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات الناجمة عن عقود الادارة ، لم يكن فى أول الأمر عاما ، بل تناول عقودا بعينها من عقود الادارة أدرجها المشرع فى اختصاص القضاء الادارى الفرنسى ، سواء فى اختصاص المجالس الاقليمية «Les conseils de préfecture» - التى أصبحت تسمى فى الوقت الحاضر بالمحاكم الادارية الاقليمية - أو فى اختصاص مجلس الدولة . ولما كان مجلس الدولة يطبق قواعد القانون العام ، فقد ترتب على ذلك أن اعتبرت تلك العقود عقودا ادارية بتحديد القانون Contrats administratifs par détermination de la loi.

وقد استند المجلس الى تلك النصوص - كما ذكرنا - لكى يدخل فى اختصاصه المنازعات المتعلقة بكثير من عقود الادارة والتى لم يرد النص عليها صراحة ، اذا وجد بينها وبين العقود المنصوص عليها صلة .

ولقد كان هذا المسلك مفيدا فيما مضى ، حينما كان القانون الادارى يقوم على معيار السلطة العامة ، تلك الفكرة التى تستبعد العقود الادارية - باعتبارها مجرد تصرفات عادية لا تنطوى بطبيعتها على عنصر السلطان - من نطاق القانون الادارى . ولكن بعد أن هجر المعيار السابق ، أصبحت طائفة العقود الادارية بتحديد القانون محل نظر ، بل وأضحت لا تنسجم مع الأفكار التى يقوم عليها القانون الادارى الحديث . ذلك أننا لو استعرضنا العقود الادارية بتحديد القانون كما هى واردة فى القانون الادارى الفرنسى لوجدنا أنها - كما لاحظ فقهاء القانون العام بحق - تنتمى الى احدى طوائف ثلاث :

أولا : أن بعض العقود الادارية بتحديد القانون هي باستمرار ووفقا لطبيعتها الذاتية، عقود ادارية «Contrats administratifs par nature» ومن أوضح الأمثلة على ذلك عقد الأشغال العامة ، فهو من أوائل العقود الادارية بتحديد القانون ، وهو في ذات الوقت عقد ادارى بطبيعته ، وقد كان الأساس الذى استند اليه القضاء الادارى الفرنسى - بل والمصرى فى الفترة ما بين سنة ١٩٤٩ وسنة ١٩٥٥ - لسحب اختصاصه الى كثير من العقود الادارية بطبيعتها اذا ما تضمنت عنصرا من عناصر الأشغال العامة^(١) .

وحينئذ يكون النص على ادراج العقد فى نطاق اختصاص القضاء الادارى من قبيل تحصيل الماصل ، ويمكن اعتبار العقد عقدا اداريا بطبيعته لا بتحديد القانون .

ثانيا : وأحيانا - وهو الغالب - يكون العقد الذى نص على اختصاص القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات المتعلقة به ، غير ادارى بطبيعته فى جميع الأحوال ، فهو - وفقا لمصاص العقود الادارية الذاتية والتي ستشرحها بالتفصيل فيما بعد - قد يكون اداريا أو من عقود القانون الخاص بحسب الأحوال . وهنا تثور فكرة العقود الادارية بتحديد القانون لو تحتم اعتبار العقد فى جميع الحالات عقد اداريا لمجرد أن المشرع قد جعل الفصل فى المنازعات المتعلقة به من اختصاص القضاء الادارى . ولكن مجلس الدولة

(١) راجع على سبيل المثال حكم مجلس الدولة المصرى فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ السنة السادسة ص ٢١٤ ، حيث يقول : « طبقا للمادة الخامسة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ الخاص بمجلس الدولة تختص هذه المحكمة بالفصل فى المنازعات الخاصة بمقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الادارية ... وعلى مدى ما تقدم يتبين أن المنازعات موضوع الدعوى الفاء وتمويضا إنما نشأت عن العقد الادارى الذى تعهد فيه المدعون بالمساهمة فى نفقات مشروع الأشغال العامة هو مشروع انشاء مبنى المحكمة عن طريق هبة الأرض التى تقام عليها ومبلغ من المال ، فهى منازعة وثيقة الارتباط بمقد من عقود الأشغال العامة هو تشييد هذا المبنى بحيث يعتبر خاصة به وبالتالي تندرج فيما تختص المحكمة بنظره بمقتضى المادة المشار اليها ... » .

وهكذا من المجلس اختصاصه الى عقد تقديم الماونة عن طريق ادراجه فى نطاق الأشغال العامة .

الفرنسي لا يميل الى التزام الخطة السابقة في جميع الحالات ، بل اعتنق تفسيراً مقتضاه ألا ينمقد اختصاصه في هذه الحالة الا اذا كان العقد اداريا بطبيعته ، ومن هذا القبيل عقود التوريد •

ثالثا : وأخيرا ، فقد يكون العقد المنصوص على اختصاص القضاء الادارى بالمنازعات المتعلقة به مع عقود القانون الخاص في جميع الحالات • وهنا نكون أمام فكرة العقد الادارى بتحديد القانون كاملة • ومن أوضح الأمثلة عليها المنازعات المتعلقة بعقود بيع أملاك الدولة الخاصة العقارية «Les ventes d'immeubles de l'Etat» والمسلم به أن ادراج مثل تلك المنازعات في نطاق الاختصاص الادارى ، هو أمر منتقد ، ويرجع الى أسباب تاريخية خاصة بظروف فرنسا الاجتماعية والسياسية • ومن ثم فإن المجلس يضيق من اختصاصه بتلك المنازعات الى أقصى حد ممكن^(١) •

هل لفكرة « العقود الادارية بتحديد القانون » مجال في مصر ؟!

ترجع الفكرة السابقة - كما رأينا - الى ادراج المنازعات المتعلقة بعقد من العقود في نطاق اختصاص القضاء الادارى • وبالرجوع الى القوانين التى نظمت اختصاص مجلس الدولة المصرى نجد أن القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ لم يتضمن أية اشارة الى عقود الادارة • ثم ورد النص بعد ذلك فى القوانين اللاحقة على النحو التالى :

أولا : المادة ٥ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ ونصها : « تفصل محكمة القضاء الادارى فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الادارية .. » •

ثانيا : المادة ١٠ من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ والقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ وتقول : « يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء

(١) راجع فى تفاصيل كل ما سبق ، مطول دى لوبيادير فى العقود ، المرجع السابق ص ٣٧ وما بعدها من الجزء الاول •

ادارى دون غيره فى المنازعات الخاصة بمقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأى عقد ادارى آخر » .

ثالثا - الفقرة رقم ١١ من المادة العاشرة من القانون الحالى وتقتصر على محاكم مجلس الدولة الفصل « فى المنازعات الخاصة بمقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد ادارى آخر » .

ولقد كانت صياغة المادة ٥ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ توحى بأن المقود الثلاثة الواردة بها هى عقود ادارية بتحديد القانون . ولكن فحص النص عن كثب يؤدى الى العكس : فالمسلم به فقها وقضاء - كما سنرى - أن عقود الالتزام وعقود الأشغال العامة هى عقود ادارية دائما وفقا لخصائصها الذاتية ، ولصلتها الوثيقة بمبادئ القانون العام . أما العقد الثالث وهو عقد التوريد ، فهو العقد الذى قد يكون اداريا أو غير ادارى وفقا لارادة الادارة . ولهذا فقد حرص نص المادة الخامسة على أن يتمتع صراحة بصفة « الادارية » مما كان يستبعد من اختصاص المجلس المنازعات المتعلقة بمقود التوريد غير الادارية . وهذا هو المستفاد من الأعمال التحضيرية التى صاحبت صياغة المادة الخامسة السابقة ، والتى أشرنا الى بعضها فيما سلف . أما صياغة المادة العاشرة من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ، والقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ وكذلك الفقرة ١١ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، فهى قاطمة ، اذ جاء فيها ذكر المقود الادارية الثلاثة على سبيل التمثيل ، يؤيد ذلك نهاية المادة التى تقول « . . . أو بأى عقد ادارى آخر » .

ومن ثم فأننا ننتهى^(١) الى استبعاد فكرة « المقود الادارية بتحديد القانون » من نطاق القانون المصرى . وحسنا فعل المشرع لأن اختصاص القضاء الادارى يجب أن يقتصر على مجالات القانون العام . أما تطبيق قواعد القانون الخاص ، فالمحاكم القضائية ادرى

(١) وكان هذا رأينا من اول الأمر .

به وبمقتضياته من القضاء الادارى • وهذا هو ما انتهت اليه محكمة
القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ٩ ديسمبر سنة
١٩٥٦ حيث تقول - بعد أن استعرضت مختلف المراحل التى مر بها
اختصاص مجلس الدولة المصرى فى مجال العقود الادارية - • •
فلم يعد هذا الاختصاص مقصورا على عدد معين من عقود الادارة
بل انطوى على كافة العقود الادارية وامتد الى مختلف المنازعات
المتعلقة بتلك العقود • • • فقد أصبحت العقود الادارية فى مصر
عقودا ادارية بطبيعتها ، ووفقا لخصائصها الذاتية لا بتحديد القانون
ولا وفقا لارادة الشارع^(١) • • • • • وسوف نزيد هذا الأمر تفصيلا
فيما بعد •

(١) القضية رقم ٨٧٠ لسنة ٥ قضائية (السيد / محمد زيدان ضد وزارات
الزراعة والمعارف والتموين والمالية) ، ص ١١ ، ص ٧٦ •

الفصل الثاني

المعيار القضائي في تمييز العقود الادارية

يمكن تعريف العقد الادارى ، وفقا للغالب في قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، بأنه « ذلك الذى يبرمه شخص معنوى عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه ، وتظهر فيه نية الادارة فى الأخذ بأحكام القانون العام ، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة فى القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الادارة الاشتراك مباشرة فى تسيير المرفق العام » .

ويقوم المعيار - كما هو واضح من التعريف السابق - على أسس ثلاثة وهى :

- ١ - أن تكون الادارة طرفا فى العقد .
- ٢ - صلة العقد بالمرفق العام .
- ٣ - وسائل القانون العام .

هذه هى الأسس التى يقوم عليها العقد الادارى بطبيعته وفقا للرأى الغالب ، مع خلاف فى التفاصيل .

وهذا هو الرأى الذى أخذت به محكمة القضاء الادارى ، وقسم الرأى ، واعتمدته المحكمة الادارية العليا ، ثم أقرته أيضا المحكمة الدستورية العليا باعتبارها محكمة تنازع ، وذلك على النحو التالى :

- ١ - أما محكمة القضاء الادارى فأنها تقول فى حكمها الصادر فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٥٧ د ٠٠٠ وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن العقد المبرم بين شخص معنوى عام وبين أحد الأفراد لا يستلزم بذاته اعتبار العقد من العقود الادارية ، بل ان المعيار المميز لهذه العقود عما عداها مع عقود القانون الخاص ، ليس فى صفة المتعاقد ،

بل في موضوع العقد متى اتصل بمرفق عام من حيث تنظيم المرفق أو تسييره أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه مشتركا في ذلك وعلى درجة متساوية بظهور نية الشخص المعنوى العام في أن يأخذ في العقد بأسلوب القانون العام وأحكامه فيضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص^(١) « . »

٢ - ثم ان الجمعية العمومية للقسم الاستشارى للفتوى والتشريع قد أخذت بذات التعريف . فهي مثلا في فتاها رقم ٦٣٧ بتاريخ ٢٣/١٠/١٩٥٦^(٢) تقرر « ان العقود الادارية تختلف في طبيعتها عن العقود المدنية ، ذلك لأنها تعقد بين شخص من أشخاص القانون العام ، وشخص من أشخاص القانون الخاص ، بقصد تحقيق مصالح عامة ، ومركز المتعاقدين فيها غير متكافئ ، اذ يجب أن يراعى فيها دائما تفليب الصالح العام على الصالح الخاص وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين عند تطبيقه وتفسيره ، كما أن الادارة تراعى في الشروط الجزائية المنصوص عليها في عقد ما ملائمتها لطبيعة هذا العقد وقيمه وموجبات السرعة في تنفيذه في وقت معين وبطريقة معينة حتى تكفل انتظام سير المرفق العام . هذا فضلا عن أن المتعاقد مع الادارة يقبل التعاقد وهو عالم مقدما بجمع الشروط والظروف المحيطة بالعقد . »

٣ - كما أن قضاء المحكمة الادارية العليا قد استقر بدوره على

(١) القضية رقم ٧٧٩ لسنة ١٠ قضائية . وبنفس المعنى حكمها الصادر في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (القضية رقم ٢٢٣ لسنة ١٠ قضائية) وقد جاء فيه : « ان العقد الادارى هو العقد الذى يبرمه شخص معنوى من أشخاص القانون العام بقصد ادارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن يظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه ، وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص «*Clauses exorbitantes*» وراجع حكمها الصادر في ١٠ مارس سنة ١٩٥٧ ، السنة ١١ ص ٢٥٤ وفى ١٢ مايو سنة ١٩٥٧ الحكم رقم ١٤٧٢ لسنة ١٠ قضائية ويبدأ كل من الحكمين بعبارة « وقد استقر قضاء هذه المحكمة . . . »

(٢) مجموعة المبادئ التى قررتها الجمعية المشار إليها ، للأستاذ أحمد سمير أبو غادى ، طبعة سنة ١٩٦٤ ص ٧٥١ برقم ٤٣٧ .

المعيار السابق . فالمحكمة تقرر مثلاً في حكمها الصادر في ٣١ مارس سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٥٢٧) « أن العقد يعتبر ادارياً اذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً ، متصلاً بمرفق عام ، ومتضمناً شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص » . وهي تطبق هذا المبدأ - في حكمها الصادر في ١٩ مايو سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٨٩٠) - على حالة بعينها فتقول : « ٠٠ ان عقد ايجار ملاحه بور فؤاد المبرم بين شخص ادارى ، هو وزارة الحربية وبين المدعى يتصل بنشاط متعلق بمرفق عام ، يخضع في ادارته للرأى الأعلى للسلطة الحاكمة ، ويقوم على تمكين أحد الأشخاص من الانفراد باستغلال مال عام والاستئثار به بطريقة تؤثر في هذا المرفق ، وهو مرفق الصيد الذى يحقق للخزانة العامة للدولة مصلحة مالية ، ويسد في الوقت ذاته حاجة عامة مشتركة بتوفيره للجمهور غذاء شعبياً هاماً ، مستهدفاً بذلك النفع العام » . وقد تضمن كما يتضح من مطالعة بنوده ، شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، وأخرى تنبئ في جملتها عن انصراف نية الادارة الى اتباع أسلوب القانون العام ، والأخذ بأحكامه ووسائله في شأنه ، مستخدمة في ذلك الامتيازات والحقوق المقررة لها بوصفها سلطة عامة ، ومعتمدة في تعاقدها على فكرة السلطة وعلى تمتعها بقسط من سيادة الدولة وسلطانها ، الأمر الذى يخضع هذه الرابطة - التى تتوافر فيها سميزات العقد الادارى وخصائصه - لأحكام القانون الادارى ، وبالتالي لاختصاص القضاء الادارى »

وما تزال المحكمة تعمل - في قضائها الحديث ، وباطراد - هذا المعيار الثلاثى ، سواء لاضفاء الصبغة الادارية على العقد ، أو لرفضها . ومن قضائها الحديث نسبياً في هذا الصدد أحكامها الصادرة في ٢ يناير سنة ١٩٦٥ ، ص ١٠ ، ٣٨٦ ، وفى ٢٠ مايو سنة ١٩٦٧ ، ص ١٢ ، ١٠٩٤ ، وفى أول يوليو سنة ١٩٦٧ ، ص ١٢ ، ١٢١٧ وفى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٧ ، ص ١٣ ، ٣٥٩ ، وفى ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٨ ص ١٣ ، ص ٥٥٧ . وفى هذا الحكم

وفى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ ، س ١٣ ، ص ٨٧٤ وفى هذا الحكم انتهت المحكمة الادارية العليا الى نفي الصفة الادارية عن العقد . شرحت المحكمة عناصر المعيار الثلاثة بالتفصيل ، وفى ١٨ مايو سنة ١٩٦٨ س ١٣ ، ص ٩٥٣ وهو أيضا من الأحكام المفصلة فى هذا الخصوص . وفى ٢٦ فبراير سنة ١٩٧٢ ، س ١٧ ص ٢٦٣ ٠٠٠ الخ فقضاء المحكمة مستقر ومطرد فى هذا الخصوص ، وسوف نمود الى معظم هذه الأحكام فيما بعد .

٤ - وأخيرا فقد أتيج للمحكمة الدستورية العليا - باعتبارها محكمة تنازع - أن تتعرض لمعيار العقد الادارى ، فى كثير من أحكامها ، والتي نكتفى منها بحكمها الصادر فى ١٩ يناير سنة ١٩٨٠ (القضية رقم ٧ لسنة ١ قضائية ، المجموعة ، ص ٢٤٤) حيث تؤكد « يتعين لاعتبار العقد عقدا اداريا أن يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما ، يتعاقد بوصفه سلطة عامة ، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام ، بقصد تسييره أو تنظيمه ، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الادارية ، وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة الى روابط القانون الخاص » . (وهى ذات الصيغة التى رددتها المحكمة فى حكمها الصادر فى ٢٩ يونية سنة ١٩٧٤ فى القضية رقم ١٠ لسنة ٤ قضائية) .

وهذا المعيار يأخذ بالراجع فى الفقه والقضاء الفرنسيين .
وفىما يلي نعرض لهذه العناصر الثلاثة بالتفصيل .

المبحث الأول

أن تكون الادارة طرفا فى العقد

وهذا العنصر الأول فى العقود الادارية لا يكاد يحتاج الى شرح : فالعقود الادارية هى طائفة من عقود الادارة ، وبالتالى فان العقد الذى لا يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام لا يمكن

أن يعتبر عقدا اداريا بحال من الأحوال . كما أن كون الادارة طرفا فى عقد ما ، لا يحوله مباشرة الى عقد ادارى اذا لم يتوافر فيه الشرطان الآخران . ويكفى فى هذا الصدد أن نورد الملاحظات التالية :

١ - من أشخاص القانون العام ما لا شك فى صفته الادارية ، وبالتالي فان صفة العقود التى يبرمها ليست محل شك ، ومن ذلك الأشخاص العامة الاقليمية (وهى الدولة ، والمحافظات والمركز والمدينة والمحى والقرية) والأشخاص المصلحية وهى الهيئات العامة^(١) .

على أن القضاء الادارى قد اعترف بقيام أشخاص معنوية عامة أخرى - سواء فى فرنسا أو فى مصر - ذلك أن الأفكار الاشتراكية والاقتصاد الموجه الذى ساد العالم عقب الحربين العالميتين الأخيرتين قد أدى الى ظهور منظمات جديدة ، لم تألفها النظم الحكومية من قبل ، تشرف على كثير من نواحي النشاط الخاص أو المهنى ، وتتمتع بقدر كبير من السلطات العامة . ومن ثم فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسى فى حكميه الشهيرين فى قضيتى «Monpeurt et Bouguen» الى أن تلك المنظمات تعتبر من أشخاص القانون العام^(٢) . وبهذا المسلك أخذت محكمة القضاء الادارى المصرية فيما يتعلق بالنقابات المهنية المختلفة كتنقيب المحامين والأطباء والمهندسين ... الخ وبطركخانة الأقباط الأرثوذكس ، والمجلس الملى العام ، والمجلس الصوفى الأعلى ... الخ^(٣) . ويترتب على الاعتراف بالصفة العامة للأشخاص المعنوية السابقة أن تكون العقود التى تبرمها ادارية اذا ما استوفت باقى الشروط^(٤) .

(١) يلاحظ الغاء المؤسسات العامة سنة ١٩٧٥ .

(٢ و ١) فى التفصيل مؤلفنا « مبادئ القانون الادارى » وقد سبقت الاشارة اليه .

(٣) راجع على سبيل المثال حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى أول يوليو سنة ١٩٤٩ فى قضية «Moulin de Boissy» المجموعة ص ٣١٥ ويتعلق بمقدأبرمته «Le comité d'organisation de la monneries»

٢ - ولقد أدت الثورة الاشتراكية لدينا - لا سيما في أعقاب قوانين يوليو سنة ١٩٦١ الشهيرة وما تلاها - الى سيطرة القطاع العام على أكثر من ٨٠٪ من مجالات النشاط الاقتصادي التي كانت متروكة للنشاط الفردى فيما سبق . ولقد سلك المشرع لدينا فى ادارة المشروعات المؤممة ، أحد طريقين :

فهو قد أضفى على بعض هذه المشروعات وفقا لقانون سنة ١٩٧٥ الشخصية المعنوية العامة صراحة ، ومن ثم اكتسبت تلك المشروعات الشخصية المعنوية العامة وصار من حقها ممارسة وسائل السلطة العامة طبقا للنظام القانونى للمؤسسات العامة المقرر بمقتضى القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ والقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ المنظم للمؤسسات العامة وما يتبعها من وحدات اقتصادية ، ومن بينها أن تختار طريق العقود الادارية . وتحيل فى شرح التفاصيل الى مؤلفنا « مبادئ القانون الادارى » فى طبعاته المتعددة . والمؤسسة العامة - طبقا للتعريف الذى أورده المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣^(١) - هى « شخص من أشخاص القانون العام ، تمارس نشاطا صناعيا أو تجاريا أو زراعيا أو ماليا أو تمانيا ولها ميزانية مستقلة تعد على نمط الميزانيات التجارية »

والطريق الآخر الذى سلكه المشرع لدينا ، هو الاحتفاظ للمشروع العام بصورة الشركة المساهمة ، التى تخضع للقانون الخاص فى مزاوله نشاطها ، فيما عدا الأحكام التى يستثنىها المشرع صراحة أو التى لا تتفق وتملك الدولة لجميع أسهم المشروع . والمسلم به لدى معظم فقهاء القانون العام - سواء فى فرنسا أو فى مصر - أن هذه الشركات هى أشخاص من أشخاص القانون الخاص ، وتخضع أساسا لأحكام القانون الخاص .

(١) الذى ميز بين المؤسسات والهيئات العامة لأول مرة فى مصر . راجع فى التفاصيل أيا من طبعات مؤلفنا « مبادئ القانون الادارى » التى صدرت بعد سنة ١٩٦٣ .

ولكن بعض الزملاء كما ذكرنا - وقد هالهم أوجه الخلاف بين هذه الشركات (والجمعيات التعاونية التي تملك الدولة رأسمالها) وبين الأوضاع التقليدية القائمة في ظل النظام الرأسمالي - انتهوا الى « . . . أن شركات المساهمة العامة تختلف اختلافا جذريا عن شركات المساهمة الخاصة التي ينظمها القانون المدني ، والقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٤ (قانون شركات المساهمة) وأن هذه الشركات العامة شركات مساهمة بالاسم فقط ، وأنها في حقيقتها من أجهزة الدولة الادارية . . . ونظرا لأن شركات المساهمة العامة تتمتع بالشخصية الاعتبارية ، فإنها تعتبر في نظرنا أشخاصا ادارية عامة ، بل انها في حقيقتها يجب أن تعتبر في ظل قامون المؤسسات العامة الجديد - رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ - مؤسسات عامة » (١) .

وطبق ذات الرأى بالنسبة الى الجمعيات التعاونية التي تنشئها المؤسسة العامة بمفردها (٢) .

ولسنا هنا بصدد تتبع الحجج المسهية التي أوردها الرأى السابق في هذا الخصوص ، فان ذلك يخرج بنا عن النطاق المحدد لدراسة نظرية العقد الادارى . وانما يعيننا أن نوضح - للمرة الثانية - أن هذا الرأى يكشف عن عدم الاستقرار الذى يصاحب مرحلة التحول التي تجتازها نظمنا القانونية ، والتي أشرنا اليها في مقدمة

(١) الأستاذ الدكتور فؤاد مهنا ، مؤلفه السابق ، ص ١٧٨ - ١٧٩ . وقد تابعه في رأيه فقهاء آخرون .

(٢) يقول بهذا الخصوص فى صفحة ١٩٤ من مؤلفه الذى سيقى الإشارة اليه : « لهذا كله نرى أن الجمعيات التعاونية التي تنشئها المؤسسة العامة بمفردها لا يمكن اعتبارها جمعية تعاونية خاصة يحكمها قانون الجمعيات . . . وانما هي في الواقع ويحكم القانون جهاز ادارى من أجهزة المؤسسة العامة أو فرع من فروع المؤسسة . . . وهى بالتالى ، وبهذه الصفة من أجهزة الدولة الادارية ، شأنها في ذلك شأن باقى الأجهزة الادارية في الدولة كالمصالح العامة والادارية التابعة للوزارات وان كانت تختلف عنها بأنها جهاز لا مركزى نظرا لأنها تتبع مؤسسة عامة تتمتع بالشخصية الاعتبارية . . . وتأسيسا على هذا نرى أنه من الخطأ اطلاق اسم الجمعيات التعاونية عليها ، لأنها في حقيقتها ليست جمعيات ولا يتضمن نظامها أى عنصر من عناصر النظام التعاونى بالتحديد السابق ذكره » .

(م - ٥ العقود الادارية)

هذه الطبعة • وفي خصوص هذا الموضوع بالذات يخيل إلينا أن ثمة خلطاً بين أمرين :

موضوع تملك الدولة رأس مال الوحدة الاقتصادية التابعة للمؤسسة وموضوع إدارة الوحدة الاقتصادية • فإذا كانت الاشتراكية توجب تملك الدولة لكثير من المشروعات لتحقيق الأهداف التي حددها ميثاق العمل الوطنى ثم دستور سنة ١٩٧١ فيما بعد فإن الدولة حرة بعد تملكها لتلك المشروعات فى أن تختار طريقة إدارتها بما يحقق الصالح العام • وفى الدول التى تحتفظ بمبدأ التمييز بين القانون العام والقانون الخاص - كما هو الشأن فى مصر وفى كثير من الدول كفرنسا وبلجيكا •• الخ - يتعين أن يحدد المشرع موقفه بخصوص النظام القانونى الذى يجب أن يسير المشروع العام فى نطاقه • فإذا شاء أن يخضعه للقانون العام ، تعين أن يفرغه فى الصورة المناسبة وهى لدينا صورة المؤسسة العامة^(١) • أما إذا أراد أن يبقى على المشروع فى نطاق القانون الخاص ، فإنه يختار الأساليب المعروفة فى ظل هذا القانون ، وهى الشركات والجمعيات • ورغبة من المشرع فى ألا يهبط الانتاج فى المشروعات العامة نتيجة لتأميمها ، فإنه سار عادة على سياسة احتفاظ المشروع العام بوضعه القائم قبل التأميم • ولا أدل على ذلك من نص المادة الرابعة من القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ الذى كان تجسيدا حيا لقمة المد الاشتراكى ، والتى تقرر « تظل الشركات والبنوك المشار إليها فى المادة الأولى محتفظة بشكلها القانونى عند صدور هذا القانون وتستمر الشركات والبنوك والمنشآت المشار إليها فى مزاولة نشاطها دون أن تسأل الدولة عن التزاماتها السابقة الا فى حدود ما آل إليها من أموالها وحقوقها فى تاريخ التأميم » •

ثم ان تمييز المشرع بين المؤسسات العامة - وهى باعترافه مع أشخاص القانون العام - وبين ما تنشئه من شركات وجميعيات

(١) قبل الغائها سنة ١٩٧٥ كما ذكرنا • أما الآن فلا توجد الا الهيئات العامة •

« بمفردها أو مع شريك أو شركاء آخرين » (المادة ١٣ من القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ والتي تقابل المادة ٩ من القانون المنظم للمؤسسات العامة وما يتبعها من وحدات اقتصادية ، وهو القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ ، قاطع فى أنه يريد المفايرة فى النظام القانونى للنوعين ٠)

ويبدو أن هذا الرأى هو الذى أعتمده القضاء ، وأفصح عنه المشرع فى بعض المذكرات الايضاحية ٠ ومن ذلك على سبيل المثال :

(أ) فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى للفتوى والتشريع الصادرة فى ١٠ مارس سنة ١٩٦٥ (مجموعة الفتاوى ، ص ١٩ ، ص ٣٤٤) حيث تقول : « ان الشركات التى أمت ، وأصبحت تابعة للمؤسسات العامة ، لا زالت رغم تأميمها وانتقال ملكيتها الى الدولة ، شخصا من أشخاص القانون الخاص ، ولو اتخذت شكل شركة مساهمة تمتلك الدولة جميع أسهمها ٠ وتكون أموالها أموالا خاصة ، وتظل روابطها بالمتنفذين وبالفير خاضعة للقانون الخاص ، فتظل للشركة صفة التاجر ٠٠٠ ولذلك فان من المقرر أن تأميم الشركة لا يستوجب اخضاعها للقواعد المتعلقة بالمرافق العامة فى القانون الادارى ولكن تسرى عليها أحكام القانون الخاص ٠٠ »

(ب) حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٨ أبريل سنة ١٩٦٧ (ص ١٢ ، ص ٨٧٠) وفيه تؤكد أن تأميم البنك العربى المصرى بمقتضى القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ ليس من شأنه « تحويله الى مؤسسة عامة ٠٠٠ ذلك أن هذا القانون قد حرص على تأكيد بقاء البنوك والشركات المؤممة بمقتضاء محفظة بكيانها القانونى ، واستمرارها فى مزاولة نشاطها على هذا الوجه ٠ ومفاد ذلك أن تظل هذه الشركات والبنوك مع تملك الدولة لها ، شركات تجارية من أشخاص القانون الخاص » ٠ وقد رتبته المحكمة الادارية العليا على ذلك النتيجة الطبيعية مع أن العاملين بشركات القطاع العام ليسوا موظفين ، لأن شركات القطاع العام « تعتبر من أشخاص

القانون الخاص ، وتنتنفى عن العاملين بها صفة الموظف العام ، والقرارات الصادرة فى شأن ادارتها لا تعتبر على أية حال قرارات ادارية « ادارية عليا فى فى ٤ أبريل سنة ١٩٨٢ ، العلم رقم ٨٣ لسنة ٢٥ القضائية) •

(ج) ثم ان المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠ (بتعديل المادة ٩٧٠ من القانون المدنى) قد أشارت الى هذا المعنى صراحة حيث تقول - انه رغم الخلاف الفقهي حول طبيعة المشروعات العامة وأموالها ، فان الرأى الراجح لدى الفقه والقضاء أن شركات القطاع العام التى تملك الدولة جميع أسهمها تعتبر من أشخاص القانون الخاص ، وتعتبر أموالها أموالا خاصة •

(د) وأخيرا فقد طرح الأمر على المحكمة الدستورية العليا فى صدد تحديد طبيعة شركة المعمورة للسكان والتمير ، تمهيدا لتحديد الطبيعة القانونية للمعقود التى يبرمها الأفراد بقصد تأجير « كبائن الاستحمام » فقد رفع النزاع أمام محكمة عابدين الجزئية ، فقضت فى ١٨ أبريل سنة ١٩٧١ « بصدى اختصاصها ولائيا بنظرها » ، وأحالتها الى محكمة القضاء الادارى المختصة بنظرها • وأسست قضاءها على أن الشركة المدعية « شخص معنوى عام يقوم على ادارة مرفق عام من مرافق الدولة السياحية ، متبعا فى ذلك أساليب القانون العام ، وقد تضمن العقد الذى أبرمته مع المدعى بوصفها سلطة عامة شروطا غير مألوفة فى القانون الخاص ، بقصد تحقيق منفعة عامة ، فىكون هذا العقد اداريا يخرج من اختصاص القضاء العادى • • (١) •

وتنفذا للحكم المشار اليه أحيلت الدعوى الى المحكمة الادارية لمصالح الحكومة بالأسكندرية ، فقضت فى ٨ يوليو سنة ١٩٧٣ بصدى اختصاصها بنظر الدعوى ، تأسيسا على أن « العقد الذى لا تكون الادارة أحد أطرافه لا يعتبر من المعقود الادارية ، وأن الشركات

(١) وينلاحظ أن القضاء العادى يطبق ذات المعيار الثلاثى فى تمييز العقد الادارى ، كما يتبين من الفقرة السابقة •

التي أمت وأصبحت تابعة للمؤسسات العامة لازالت رغم تأميمها من أشخاص القانون الخاص ، فتكون أموالها أموالا خاصة ، وتظل روابطها بالمنتفعين وبالفير خاضعة للقانون الخاص . واذ كانت الشركة المدعى عليها لا تعتبر مرفقا عاما ، كما أنها تصدر تراخيص شغل الكبائن باسمها وحسابها ، فان هذه التراخيص لا تعتبر عقودا ادارية ، وتخرج المنازعات المتفرعة عنها عن اختصاص محاكم مجلس الدولة » .

وأمام هذا التنازع السلبى فى الاختصاص ، طرح الأمر على المحكمة الدستورية العليا ، فقررت فى حكمها الصادر فى ٢٩ يونية سنة ١٩٧٤ - وقد سبقت الإشارة اليه - أنه « يتعين للفصل فى هذا التنازع السلبى بين جهتى القضاء المادى والادارى تحديد التكييف الصحيح للعلاقة التى تربط بين المدعى وبين الشركة المدعى عليها فى شأن الانتفاع بالكابين المرخص له فى شغلها » . وقد انتهت المحكمة العليا فى خصوص النزاع الى أن « العقد سالف الذكر الذى يحكم العلاقة بينهما ليس عقدا اداريا ، بل من عقود القانون الخاص » ومن ثم فان الاختصاص بالفصل فى المنازعات المتعلقة به « يدخل فى اختصاص محاكم القضاء المادى ، وفقا لما تقضى به المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية الصادر به قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ » .

ولكن سبيل المحكمة الدستورية العليا فى الوصول الى النتيجة التى أنتهت اليها - وهى نتيجة سليمة - لم يكن تبنى وجهة نظر المحكمة الادارية بالأسكندرية ، والتى رفضت الاعتراف بالصفة الادارية للعقد ، لأن الشركة التى أبرمتها مع أشخاص القانون الخاص ، ولكنها استندت الى سبب آخر ، أوسع فى نطاقه وهو أن النشاط الذى أبرم العقد بخصوصه ، هو نشاط اقتصادى « ومن حيث ان العلاقة بين المرافق العامة الاقتصادية ، وبين المنتفعين بها علاقة عقدية ، تخضع لأحكام القانون الخاص ٠٠٠ » وسوف نعود الى هذا الموضوع فيما بعد . وهكذا صممت المحكمة العليا

عن الفصل فى موضوع هام ، بالرغم من أن التنازع يقوم عليه فى الحقيقة^(١) . على أن النتيجة التى انتهت إليها المحكمة الدستورية العليا تؤكد - بطريق غير مباشر - التكييف الذى ترجحه ، لأن مناط اعتبار الوحدات الاقتصادية من أشخاص القانون الخاص ، قيامها على نشاط اقتصادى تحكمه قواعد القانون الخاص .

وهذا التكييف أكثر انسجاما مع سياسة الانفتاح الاقتصادى التى تمتنعها الدولة ، والتى تستهدف تحرير النشاط الاقتصادى فى القطاعين العام والخاص من الروتين والبيروقراطية .

والخلاصة أن رأى بخصوص شركات القطاع العام وجميعياته ، أنها من أشخاص القانون الخاص ، وتخضع أساسا لأحكام هذا القانون ، ومن ثم فإن عقودها - مع غير أشخاص القانون العام - لا تعتبر من قبيل العقود الادارية ، بل من قبيل عقود القانون الخاص . وإذا أرادت هذه الشركات والجمعيات أن تستعمل وسائل القانون العام وتستفيد مما تنطوى عليه من عنصر السلطان ، فإن عليها أن تلجأ الى جهة الادارة التى تشرف عليها ، وهى شخص القانون العام الذى أنشأها ، أو الوزارة التى تشرف على المؤسسة^(٢) .

(١) هذا اذا استثنينا الفقرة التى وردت فى الحكم والتى تقول فيها المحكمة بمد أن استبعدت خصائص العقد الادارى عن العقد موضوع النزاع : « خاصة اذا كان القائم عليه (المرفق الاقتصادى) ليس جهة ادارية تعمل بوصفها سلطة عامة » ، فهذه العبارة تحتمل الاطلاق ، أى أن المحكمة أوردتها تكملة للمبدأ العام ، وتحتمل التخصيص اذا كانت المحكمة تقصد بها الشركة المدعى عليها .

(٢) وهذا لا يعنى أننا ننكر الفروق الضخمة القائمة بين الشركات التقليدية وشركات القطاع العام ، ولكن مرجع هذا الخلاف الى كون الشركة العامة مملوكة كلها للدولة ، وبالتالي فإن الأحكام الأساسية المنظمة للشركات لا يمكن أن تطبق عليها بالضرورة ، لا سيما ما يتعلق بحقوق المساهمين ، والجمعيات العمومية ومجلس الادارة ... الخ ولكن نشاط الشركة المملوك بميليات الانتاج ، والتسويق ، والتمويل ... الخ باق كما هو . وتلك نتيجة مقصودة لذاتها حتى لا يتأثر انتاج شركات القطاع العام ولأنه مما لا يتفق والاسس التجارية أن تسير تلك الشركات على القواعد الادارية بتقييدها ورويتها . واذا كانت فرنسا وهى اقرب منا الى النظام الرأسمالى ، قد سلطت بإمكان قيام شركات عامة مملوكة للدولة ، مع خضوعها للقانون الخاص ، فإن الوضع عندنا أكثر قبولا لأن سلطان الدولة الواسع على شركات القطاع العام والذى استند اليه رأى الآخر لا يقتصر على تلك الشركات العامة ، انما يمتد =

٣- وإذا كانت الأشخاص المعنوية الخاصة تحظى برعاية المشرع في كثير من الحالات اذا ما كانت ذات نفع عام ، فان العقود التي تبرمها تلك الأشخاص لا يمكن أن تكون ادارية كقاعدة عامة . على أنه يجب مع ذلك الاشارة الى المادة ٦٣ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ (المقابلة للمادة ٤٣ من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦) والتي تقول : « يحدد بقرار من رئيس الجمهورية ما تتمتع به الجمعيات ذات الصفة العامة من اختصاصات السلطة العامة كعدم جواز الحجز على أموالها كلها أو بعضها وعدم جواز تملك هذه الأموال بمضى المدة وجواز قيام الجهة الادارية المختصة بنزع الملكية للمنفعة العامة التي تقوم بها الجمعية . » فهذا النص يقرر مبدأ تمكين الجمعيات الخاصة ذات النفع العام من استخدام وسائل القانون العام بالقدر الذي يحدد بقرار من رئيس الجمهورية . وإذا كانت المادة ٣٢ السابقة قد ذكرت بعض وسائل القانون العام التي يجوز أن يتضمنها قرار رئيس الجمهورية الصادر في هذا الخصوص فانما ذكرت كما مثله . ولما كانت العقود الادارية هي احدى وسائل القانون العام ، فانه يجوز أن ينص عليها في قرار رئيس الجمهورية كاحدى الوسائل التي يجوز للجمعية ذات الصفة العامة أن تلجأ اليها ، فيعتبر عقدها اداريا اذا استوفى باقي الشروط .

٤- وتدخل الادارة في عقد من العقود يبرم بين أشخاص القانون الخاص لا يمكن أن يحوله الى عقد من عقود القانون العام ، ولو كانت الادارة تستهدف من ذلك تحقيق نفع عام . ومن ذلك على سبيل المثال من قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، أن تتدخل الادارة لتصلح ذات البين بين العمال وأصحاب الأعمال^(١) .

= الى جميع نواحي الحياة استيعادا الى أن الاشتراكية تقتضى سيطرة الشعب على جميع وسائل الانتاج ، عامة وخاصة . ويكفى أن نشير الى المادة ٢٤ من دستور سنة ١٩٧١ والتي تنقل : « يسيطر الشعب على كل أدوات الانتاج ، وعلى توجيه فائضها وفقا لخطة التنمية التي تضعها الدولة » .

(١) على سبيل المثال حكم المجلس الصادر في ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٧ في قضية «Sté Boulangers» المجموعة ص ٤٣٦ ، ويتعلق بتدخل ممثل وزارة العمال ، =

ولكن على العكس من ذلك ، يجوز أن يكون العقد اداريا اذا ابرمته الادارة لصالح شخص من اشخاص القانون الخاص متى توافر في العقد باقى الشروط . وبهذا المعنى قضت محكمة التنازع الفرنسية فى حكمها الصادر فى ٢٧ مارس سنة ١٩٥٢ فى قضية (١) .
«Office national de la navigation»

٥ - وأخيرا فقد لا تظهر الادارة فى عقد من العقود ، ومع ذلك يعتبر العقد اداريا اذا كان أحد طرفيه يتعاقد باسم ولمصلحة الادارة (٢) .

«A traité au nom et pour le compte d'une personne publique»

ومن تطبيقات ذلك من قضاء مجلس الدولة المصرى ، الحكم الصادر من دائرة العقود بمحكمة القضاء الادارى فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٦ والذى جاء فيه : « متى كان الثابت أن وزارة التموين بصفتها المشرفة على مرفق التموين بالبلاد - تدخلت فى أمر سلعة الشاى ، واتخذت من الاجراءات وأصدرت من التشريعات ما رآته كفيلا بتحقيق ما تهدف اليه من توفير سلعة من السلع مع ضمان وصولها الى المستهلكين بالسعر المحدد ، وقد استعملت فى سبيل ذلك سلطتها فى الاستيلاء على هذه السلعة ، ووضعت القواعد التى تحكم تنظيم تداولها وتوزيعها ، وعهدت بذلك الى « لجنة توزيع الشاى » ثم المعبئين الذين أصبحوا مسئولين عن توصيل هذه السلعة بعد تمهيتها الى التجار فى مختلف أنحاء البلاد - متى كان الثابت

= نزاع بين شركة وعمالها وتوقيع ممثل الوزارة على العقد المتضمن للمصلح بين الطرفين وحكمه الصادر فى ٢٩ يونيو سنة ١٩٥١ فى قضية : «Sté des travaux du Sud» المجموعة ص ٣٨٦ .

(١) المجموعة ص ٦٣٢ ، وان كانت المحكمة فى الموضوع قد نفت الصفة الادارية عن العقد لعدم توافر باقى الشروط .

هذا وقد قضى مجلس الدولة فى حكم قديم نسبيا صادر فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ فى قضية «Sté des moteurs Gnome-et-Rhone» المجموعة ص ١٠٦٧ بأن العقد الذى تبرمه الادارة الفرنسية لصالح دولة أجنبية يعتبر عقدا اداريا متى فيه باقى الشروط .

(٢) حكم المجلس فى ٣٠ يناير سنة ١٩٥١ فى قضية «Sté proussette» المجموعة ص ١٢٣ وفى ٢٤ فبراير سنة ١٩٥٤ فى قضية : «Sté des ateliers Schwartz» (actual, jur., 1954. p. 189)

هو ما تقدم ، فان ذلك فى حقيقته يتضمن أمرا بتكليف هذه اللجنة بخدمة عامة ، ومن ثم تكون الاتفاقات والمعقود التى تمقدها ٠٠٠ هى عقودا ادارية ملحوظ فيها دائما تغليب الصالح العام على المصلحة التجارية الخاصة ٠٠٠ وملحوظة فيها أيضا سلطة الحكومة فى الاشراف على تنفيذ هذه المعقود ومراقبتها ، ضمانا لتحقيق المصلحة العامة التى تهدف اليها . وهذا الهدف هو الذى يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين فى تطبيقه وتفسيره وفى انتهائه . وقد استقر الفقه والقضاء فى هذا المجال على أن علاقة المتعاقدين فى المعقود الادارية لا تستند الى شروط المعقود بالقدر الذى تستند فيه الى القواعد التنظيمية الخاصة بالمرقء العام ٠٠٠ « (١) » .

٦ - على أنه يتمين فى هذه الحالة احترام القواعد المدنية الخاصة بالوكالة ، والواردة فى المادة ١٠٥ من القانون المدنى ، وهو ما أوردته المحكمة الادارية العليا صراحة فى حكمها الصادر فى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٦٨ ، (س ١٤ ، ص ٥٦) . ولما كانت الفقرة الثانية من المادة ٤٠ من لائحة المناقصات والمزايدات الملغاة تنص على أنه « اذا كان المطاء مقدما من وكيل عن صاحب المطاء فعليه أن يقدم معه توكيلا مصدقا عليه من السلطات المختصة » (٢) . فان المحكمة الادارية العليا فى حكمها المشار اليه لم ترتب البطلان على تخلف هذا الاجراء « ذلك أن اشتراط توكيل مصدق عليه قصد به التثبيت على وجه اليقين من توافر صفة الوكالة فيمن يتقدم بمطاء نيابة عن الغير . لذلك فان اغفال الادارة التمسك بهذا الاجراء لا أثر له فى قيام الوكالة التى استوفت شروط انعقادها ، واعترف ذو الشأن بقيامها » .

(١) السنة العاشرة ص ٣٠٧ .

(٢) ورد ذات الحكم فى الفقرة الثانية من المادة ٥٩ من اللائحة الجديدة الصادرة

بمقتضى قرار وزير المالية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ .

المبحث الثانى علاقة العقد بالمرفق العام

١ - مهما كان الشأن فى خصوص المعيار الذى يقوم عليه القانون الادارى - أهو معيار السلطة أم معيار المرفق العام - فان الذى لا شك فيه أن مبادئ القانون الادارى فى الوقت الحاضر تقوم فى كل من فرنسا ومصر على أساس فكرة المرفق العام «Le critère de service public» ذلك أن مقتضيات سير المرافق العامة هى وحدها التى تبرر ما يتضمنه القانون الادارى من خروج على المألوف فى القانون الخاص ، وعلى منطلق القواعد التى تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم .

واذا كانت فكرة المرفق العام تلاقى هجوما شديدا فى الوقت الحاضر ، وكان بعض الفقهاء ينادى بالتخلص منها ، ويعمل على احلال معيار آخر مكانها^(١) ، فان قضاء مجلس الدولة فى فرنسا وفى مصر ما يزال يرجع الى تلك الفكرة معظم قواعد القانون الادارى^(٢) . حقيقة أن القواعد التى شادتها مدرسة المرفق العام - وعلى رأسها دوجى وجيز وبوبار - فى أوائل القرن الحالى قد تغيرت الى حد كبير ، وتنوع هذا التدخل من ناحية ، ولماونة الأفراد للدولة فى كثير من الميادين عن طريق تخويلهم استعمال وسائل القانون العام من ناحية أخرى ، ولكن فكرة المرفق العام لم تهدم بل تطورت : فظهر الى جوار المرافق الادارية - التى كانت المجال الأول لتطبيق

(١) فى التفاصيل راجع مؤلفنا مبادئ القانون الادارى ، المرجع السابق .

(٢) مما له دلالة فى هذا الخصوص ان المرحوم الدكتور فؤاد مهنا بعد أن انضم الى الرأى القائل بانقضاء فكرة المرافق العامة كأساس للقانون الادارى ، اذ به يتدارك مريعا ويقول « ان ذلك لا يعنى مطلقا هدم النظام القانونى للمرافق العامة أو بعبارة أدق هدم المبادئ الأساسية للقانون الادارى ، لأن هذه المبادئ باقية ويجب أن تبقى باعتبارها جوهر القانون الادارى » ص ٢٤٤ وفى ص ٢٩٥ من ذات المؤلف يقول أيضا : « النظام القانونى للمرافق العامة هو فى حقيقته ، مجموعة مبادئ وقواعد القانون الادارى » .

قواعد القانون الإدارى - مرافق من نوع جديد هى المرافق الاقتصادية - تجارية وصناعية - والمرافق المهنية المختلفة . وبالتالى لم تعد المرافق العامة تخضع لنوع موحد من القواعد ، وانما تنوعت القواعد التى تحكمها وفقا لطبيعة كل مرافق الذاتية ، وان كانت جميع المرافق العامة تخضع لقدر مشترك من القواعد - هى التى تسمى فى الوقت الحاضر : « النظام القانونى العام للمرافق العامة » - ونعنى بها قواعد سير المرافق العامة بانتظام واستمرار ، وقابليتها للتغيير والتبديل وفقا لمقتضيات الصالح العام ، وأخيرا مساواة المتفاعلين أمامها .

ولقد حرص مجلس الدولة المصرى على إبراز المبادئ السابقة فى كثير من أحكامه ، نذكر منها على سبيل المثال حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٢ حيث تقول : « ... لم تعد المصالح العامة محصورة فى نطاقها التقليدى ، وهو النطاق الإدارى الضيق الذى كان مألوفاً فى القرن التاسع عشر والقرن العشرين ، ذلك أن حاجات الأفراد تنمو وتتغير كلما تقدمت الجماعة فى طريق الرقى والحضارة . وقد اقتضى ذلك انشاء مرافق ومصالح مختلفة النظم والأغراض لسد هذه الحاجات المختلفة ومنها حاجات اقتصادية وأخرى ثقافية وصحية واجتماعية أوجبت على الدولة أن تتجاوز ميدان نشاطها الإدارى البحت الى ميادين أخرى كانت وقفا على النشاط الفردى . وقد كثر انشاء هذه المرافق والمصالح الجديدة فى صور مؤسسات عامة لأنها أيسر تحقيقا لتلك الأغراض المختلفة ، وخاصة أن الدولة مع احتفاظها بحق الاشراف عليها تضى عليها من الحقوق والامتيازات ومظاهر السلطة ما يمينها على تأدية رسالتها » (س ٦ ص ٥٣٤) .

كما أن ذات المحكمة تعرض بالتفصيل السبب فى تطور فكرة المرافق العامة ، وتعدد النظم القانونية التى تخضع لها ، فى حكمها

الصادر في ٢ يونية سنة ١٩٥٧ حيث تقول : « ان المرفق العام هو كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على ادارته ويعمل بانتظام واستمرار ، ويستعين بسلطات الادارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها لا بقصد الربح ، بل بقصد المساهمة في صيانة النظام ، وخدمة المصالح العامة في الدولة . والصفات المميزة للمرفق العام هي أن يكون المشروع من المشروعات ذات النفع العام ، أي أن يكون غرضه سد حاجات عامة مشتركة أو تقديم خدمات عامة ... » ثم استطردت المحكمة قائلة : « ... كما أن التطور الحديث في الفقه والقضاء يعترف بصفة المرفق العام للمرفق الصناعي والتجاري مع أنه يعمل لتحقيق الربح . ولكن الواقع من الأمر أن الهدف الرئيسي لمثل هذه المرافق ليس تحقيق الربح ، بل تحقيق المنفعة العامة أسوة بكل المرافق الأخرى . وما الربح الذي يحققه ، الا أثر من الآثار المترتبة على صفة المرفق باعتباره يقوم بأعمال صناعية أو تجارية ... » وبتطبيق هذه المبادئ على موضوع القضية انتهت المحكمة الى أن التنظيمات التشريعية والادارية في مجال « الرغيف » قد حولت المشروعات الفردية في هذا الخصوص الى « مشروع عام تشرف الدولة على ادارته ، ويعمل بانتظام واستمرار مستعينا بسلطان من الادارة لتزويد الناس بالخبز لا بقصد الربح بل بقصد تحقيق المصلحة العامة . وبذلك أنشأت الدولة .. مرفقا عاما ، هو توفير الخبز كنفاء أساسي للشعب وبأرخص الأسعار ... واذا ما كانت الدولة قد أنشأت مرفقا عاما على هذا الوجه ، كانت العلاقة القانونية التي تقوم بينها وبين الأفراد بقصد ادارة هذا المرفق أو بمناسبة تسييره ، هي علاقة تحكمها قواعد القانون العام اذا ما أظهرت الادارة نيتها في الأخذ بأسلوب هذا القانون وأحكامه » (١) .

كما أن المحكمة الادارية العليا قد تبنت ذات الموقف بالنسبة الى

(١) القضية رقت ٣٤٨٠ لسنة ٩ قضائية (وزارة التموين ضد السيد عبده سلوت) .
وراجع بذات المعنى حكمها الصادر في ٤ يناير سنة ١٩٥٩ ، مجموعة أحكام المحكمة ، السنتان ١٢ و ١٣ من ١٦٠ .

المشروعات الجديدة ، التي قررت اضافة صفة المرافق العامة عليها .
ومن ذلك على سبيل المثال :

حكمها الصادر في ١٢ أبريل سنة ١٩٥٨ (السنة ٣ ص ١١٠٣)
والذي تقرر فيه « أن تنظيم المهن الحرة كالطب والمحاماة والهندسة ،
هي مرافق عامة ، مما يدخل اصلا في صميم اختصاص الدولة
يوصفها قوامة على المصالح والمرافق العامة ، فاذا رأت الدولة أن
تتخلى عن هذا الأمر لأعضاء المهنة أنفسهم ، لأنهم أقدر عليه ، مع
تحويلهم نصيبا من السلطة العامة ، يستعينون به على تأدية رسالتهم
مع الاحتفاظ بحقها في الاشراف والرقابة تحقيقا للمصالح العام ،
فان ذلك لا يغير من التكليف القانوني لهذه المهن بوصفها مرافق
عامة » .

وفي حكمها الصادر في ٢٠ مايو سنة ١٩٦١ (السنة ٦ ص ١١٥٤)
تقول : « لما كانت ادارة مشروع الغاب تهدف الى تحقيق مشروع
ذي نفع عام لتنمية الانتاج الاقتصادي في البلاد ، فهي بهذا تعتبر
مرقفا عاما ، تديره الدولة عن طريق نظام خاص » .

كما أنها تقرر في حكمها الصادر في ٣١ مارس سنة ١٩٦٢
(السنة ٧ ص ٥٢٧) أنه « ٠٠٠ اذا كانت الهيئة الدائمة لاستصلاح
الأراضي ، وهي من أشخاص القانون العام ، قد أبرمت عقدا يقوم
الطرف الثاني فيه بتوريد عدد من المجول اليها لخدمة المرفق العام
القائمة على ادارته ، ذلك أنه تزرع مساحات شاسعة من الأراضي
التابعة للمرفق بنبات البرسيم بقصد اصلاح هذه الأراضي . ولتعذر
تصريفه ، فقد رصدت الهيئة تسعين ألف جنيه في ميزانيتها على
ذمة شراء عجول لامتهلاك هذا النبات ومد الأرض بالسجاد
العضوي ، لا بغرض الريح ، وانما لتسيير المرفق في نظامه العام
بالوصول الى الهدف الذي قام لتحقيقه وهو زيادة رقعة الأرض
المنزوعة ، فيتزايد بذلك الانتاج الزراعي والحيواني بما يسد حاجة

البلاد المتزايدة • ومتى كان الأمر كذلك ، يكون التعاقد قد انصب على شيء يتعلق باحتياجات المرفق العام وتسييره «^(١)» .

والخلاصة أن القضاء الإدارى يقيم أحكام القانون الإدارى على فكرة المرفق العام •

٢ - ولما كانت العقود الإدارية تقوم على أحكام استثنائية ، فيجب أن يكون لذلك ما يبرره ، بأن تكون تلك العقود ذات صلة وثيقة بأحد المرافق العامة •

وهذا ما يؤكده مجلس الدولة فى فرنسا فى كثير من أحكامه ، وما تردده أيضا محكمة التنازع الفرنسية • ونكتفى بالأمثلة الآتية :

(أ) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٦ مايو سنة ١٩٣١ فى قضية «Hertz»^(١) حيث يقول :

«La cession dont s'agit ne peut être regardée comme intervenue pour assurer un service public».

(١) ويسير القسم الاستشارى للفتوى والتشريع فى ذات الاتجاه • راجع على سبيل المثال فتواه الصادرة فى ٢٩ يوليو سنة ١٩٥٧ ، مجموعة فتاوى المجلس السنة ٧ ص ٤٦٣ ، وقد جاء فيها :

« أنه وإن كانت فكرة المرفق العام غير محددة تحديدا واضحا ، وليس لها تعريف جامع ، إلا أن العنصر الأساسى فيها هو ضرورة وجود خدمة عامة يهدف المشرع الى أدائها ، وتقوم بها الحكومة مباشرة أو يلتزم بها ملتزم تحت اشراف السلطات الإدارية المختصة فى نطاق القانون العام • والمرجع فى تقدير توافر صفة المرفق العام فى المشروع وعدم توافرها الى الظروف المحيطة به ، والقواعد التى تضمها السلطة العامة لتنفيذه ، والقيام به ، والاشراف عليه مع الاستعداد بقصد الدولة القوام على المرافق العامة • ومن الرجوع الى نصوص المقتضى الخاص بتمتع منطقة المقطم واستغلال منطقة المنتزة ، وما أبرم من اتفاقات لاحقة فى هذا الشأن ، يبين بجلاء أن ما عهد به الى القائمين بتنفيذه المقتضى والاتفاقيات المذكورة مرفقان عامان ••• وكذلك الشأن فيما يتعلق باستغلال منطقة المنتزة ••• وبناء على ذلك فإن استصلاح وتمتع منطقة المقطم واستغلال منطقة المنتزة يعتبر من المرافق العامة ، ومن ثم تخضع الشركة الملتزمة بذلك فى قيامها باستصلاح منطقة جبل المقطم وتمتعها لأحكام القانون رقم ١٤٩ لسنة ١٩٤٧ المعدل بالقانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ •

(١) المجموعة ص ٤٨٩ •

(ب) وحكمه الصادر في ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٣٥ في قضية «Duckéné»^(١) وقد جاء فيه :

«La convention dont il s'agit n'avait pas pour objet l'exécution d'un service public et présentait un caractère de droit privé».

(ج) وحكم التنازع الصادر في ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ في قضية «Chélaïfa Hassen»^(٢) حيث تؤكد المحكمة :

«Ce contrat, qui ne concerne pas l'exécution d'un service public, est par sa nature même, un contrat de droit privé, et les clauses dont se prévaut l'administration n'ont pu en modifier le caractère».

(د) وأخيرا حكم التنازع في ٢٧ مارس سنة ١٩٥٥ في قضية «Effimief» منشور في «Rev. adm. 1955 — 285 Liét. Veaux» ومجموعة «J.C.P. 8786 note Blaevoets» وقد جاء في حكم التنازع المشار اليه أن عقد الأشغال العامة « يستهدف تحقيق غرض من أغراض المرفق العام » «Poursuivre une mission de service public».

وإذا كان هناك مجال للشك في مدى ضرورة اتصال العقد الإداري بالمرفق العام في فرنسا - كما سنرى فيما بعد - فإن صياغة أحكام القضاء الإداري المصري في هذا الصدد ، لا تدع أى مجال للتردد : فقد كانت فكرة المرفق العام ، هي الفكرة الغالبة في صياغة الأحكام القديمة نسبيا . أما الصياغة الآن فهي أدق ، وشرط اتصال العقد بالمرفق العام فيها أوضح من أن يحتاج الى شرح . ولنقرأ في الحكم الصادر من دائرة العقود بمعكمة القضاء الإداري في ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٦ القضية رقم ٨٧٠ لسنة ٥ قضائية ، وقد سبقت الإشارة اليه (قولها « ... وانما تتميز العقود الادارية عن العقود الخاصة بطابع معين مناطه احتياجات المرفق العام الذى يستهدف العقد الإداري تسييره وتقليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة » غير أن مجرد صلة العقد بالمرفق العام ، وان

(١) المجموعة من ٩٨٢ - وراجع من أحكام المجلس الحديثة نسبيا ، حكمه الصادر في قضية «Bertin» في أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة «الوز من ٤٢٣ مع تعليق دى لوبادير» .

(٢) المجموعة من ٩٨٢ -

كانت شرطا لازما ، فانها ليست كافية ، وفي حكمها الصادر في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (القضية رقم ١٦٠٩ لسنة ١٠ قضائية)^(١) تقول : « ٠٠٠ ولما كانت هذه العقود (الادارية) تختلف عن العقود المدنية في أنها تستهدف مصلحة عامة وهى تسير المرافق العامة عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردى مما يتنبى معه أن يراعى فيها دائما وقبل كل شيء تغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ٠٠٠ »^(٢) .

كما أن قضاء المحكمة الادارية العليا قديمة وحديثة ، يقرن شرط اتصال العقد الادارى بالمرفق العام ، بشرط أخذ الادارة بأساليب القانون العام - ومن ذلك على سبيل المثال :

— حكمها الصادر في ٢ يناير سنة ١٩٦٥ (س ١٠ ، ص ٣١٦) وفيه تقرر أن العقد المبرم بين أحد المواطنين وبين مصلحة السياحة ، والموصوف بأنه « عقد ايجار كابين » ٠٠ « لا جدال فى أنه عقد تقديم خدمات لمرفق من المرافق العامة ، هو مرفق مصلحة السياحة ٠٠ »

(١) وزارة التموين ضد السيد/ محمد محمد خليل .
(٢) بل أن محكمة القضاء الادارى حريصة على أن تبين أن سر الاختلاف بين القواعد القانونية التى تخضع لها كل من العقود الخاصة والادارية انما هو مقتضيات سير المرافق العامة ، ومن ذلك على سبيل المثال حكمها الصادر فى أول أبريل سنة ١٩٥٦ والذي جاء فيه : « ٠٠٠ أن تنفيذ الالتزامات التعاقدية فى عقود القانون الخاص التى تبرمها الادارة ، لا يجرى على هدى من نفس القواعد التى يتم على أساسها تنفيذ العقود الادارية ، ففى عقود القانون الخاص التى تبرمها الادارة تطبق ٠٠٠ أحكام القانون الخاص المجردة ، المدنى والتجارى . والحال على خلاف ذلك تماما فى ميدان العقود الادارية ، اذ يصبح التعاقد الى حد كبير بمثابة المتضامن مع جهة الادارة فى الأخذ بنواصر المرفق العام ، والحرص على استمرار حركته ، وادارة نشاطه . ولهذا الوضع أثره فى تنفيذ الالتزام ، فالمدعى المتعهد بالتوريد يتعين عليه أن يقوم بتنفيذ التزاماته وفقا لطائفة من القواعد والأصول ، هى أكثر شدة وأمن دقة من تلك التى تجرى تطبيقها فى ظل عقد من عقود القانون الخاص ، والمصلحة العامة التى تهدف الى انتظام سير المرفق العام تحرس على اتباع تفسير حازم للالتزامات من تعهد بالتوريد وفى مقدمة تلك القواعد والأصول التى تحكم عقد التوريد الادارى قاعدة أن المصلحة العامة لا تنتظم سير المرفق العام لا يصح أن تتأثر فى شيء بالمصلحة الخاصة التى تشغل بال المتعهد بالتوريد ، فعملية وقد ارتضى أن يساهم بنصيب فى نشاط هذا المرفق العام ٠٠٠ مضاعفة الدقة والحرص فى تنفيذ ما تعهد به من التزامات ٠٠٠ » مجموعة أحكام مجلس الدولة ، السنة العاشرة ، ص ٢٧٣ .

فهو عقد اتسم بالطابع المميز للعقود الادارية من حيث اتصاله بمرفق عام ، وأخذته بأسلوب القانون العام » .

- حكمها الصادر في ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٧ (س ١٣ ، ص ٣٥٩) حيث تقول : « يبين من الاطلاع على العقد المبرم أنه قصد به تسيير مرفق عام هو مرفق العلاج ، فهو عقد تقديم خدمات لمرفق عام ، اذ تلتزم بموجبه المدعى عليها - لقاء تحمل الهيئة (المامة للسكك الحديدية) بنفقات تعليمها وايوائها أن تلتحق بخدمة مستشفائها لمدة الخمس السنوات التالية لاتمام دراستها ٠٠٠ وبالتالي فان العقد يكون قد اتسم بالطابع المميز للعقود الادارية من حيث اتصاله بمرفق عام ، وأخذته بأسلوب القانون العام » .

- حكمها الصادر في ١١ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٨٧٤) وفيه تعلن أن الترخيص بتسيير خط ملاحى نهري هو عقد ادارى استهدفت الادارة من ورائه « تسيير مرفق النقل النهري ، واتبعت فيه وسائل القانون العام » .

- حكمها الصادر في ١٨ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٩٥٣) وتقرر بمقتضاه أن عقد التأليف المبرم بين وزارة التربية والتعليم وبين بعض المؤلفين ، هو عقد ادارى لأنه « ٠٠ يسهم فى تسيير مرفق التعليم ، وقد انطوى على شرط استثنائى » .

- حكمها الصادر في ١٩ ديسمبر سنة ١٩٨١ (الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٢٤ قضائية) وفيه تقرر « تستمد الادارة امتيازاتها فى مجال العقود الادارية ، لامن نصوص هذه العقود ، ولكن من طبيعة المرفق العام ، واتصال العقود به ، ووجوب الحرص على استمرار وانتظام سيره بما يحقق المصلحة العامة ٠٠٠ » .

- وأخيرا حكمها الصادر في ١٦ يناير سنة ١٩٨٢ (مجموعة المبادئ ، السنة ٢٧ ، ص ٢١٦) وفيه تؤكد أن العقد الادارى يتميزيان « الادارة تعمل فى ابرامه بوصفها سلطة عامة ، تتمتع (م - ٦ العقود الادارية)

بحقوق لا يتمتع بمثالها المتعاقبة معها بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة » .

وقضاء المحكمة في هذا الشأن قديم ومطرد .

٣ - غير أنه إذا كان شرط المرفق العام شرطا لازما وضروريا لاضفاء الصفة الادارية على عقود الادارة ، فانه يكفي في هذا الصدد أن يؤخذ المرفق بأوسع معانيه . ولا محل للتقيد بنوع معين من المرافق العامة لأى اعتبار من الاعتبارات^(١) .

وعلى هذا الأساس لا تقتصر فكرة العقود الادارية على المرافق الادارية ، بل يجوز أن تلجأ اليها المرافق الأخرى لا سيما المرافق الصناعية والتجارية . وإذا كان الغالب أن عقود هذه المرافق هي عقود خاصة ، جريا وراء السياسة التى تستهدف اخضاع هذا النوع من المرافق للقانون الخاص ، فان عقودها تكون ادارية اذا ما توافرت فيها باقى الشروط^(٢) .

ولقد اقر مجلس الدولة المصرى - قضاء ورأيا - المبدأ السابق فى الأمثلة التى أوردناها .

٤ - وأوضاع اتصال العقد الادارى بالمرافق العام متعددة ، وتأخذ فى العمل صورا شتى ، أشارت اليها محكمة القضاء الادارى المصرى فى حكمها الصادر فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٧٧٩ لسنة ١٠ قضائية) حيث تقول : « ان المعيار المميز

(١) راجع بهذا المعنى (Péguignot. J.C.A. fasc. 500 n 128.)

حيث يشرح موقف مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص . وراجع تقرير المفوض «Tricot» فى قضية «Dame Vve Lillo» التى صدر فيها حكم المجلس فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٢ حيث يقول :

«Est-il vraiment nécessaire d'affirmer qu'il y a service public pour que le contrat soit susceptible d'avoir le caractère administratif ? Sans reprendre une discussion qui s'est souvent instituée devant vous au cours de ces dernières années, on se bornera à observer qu'il s'agit surtout maintenant d'une question de mots. Si on prend le service public dans le sens très large d'action administrative en vue de la satisfaction d'un intérêt général, l'Algérie a organisé un service public».

(٢) مطول دى لوبادير ، المرجع السابق ، ص ٦١ وما بعدها .

لهذه العقود (الادارية) ٠٠ في موضوع العقد نفسه متى اتصل
بمرفق عام من حيث تنظيم المرفق أو تسييره أو ادارته أو استغلاله
أو المعانة أو المساهمة فيه ٠٠٠ (١) .

وبذات المعنى تقول المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر
في ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٨ (ص ١٣ ، ص ٥٥٧) « ومناطق العقد
الاداري ٠٠٠ أن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه ،
وتسييره بغية خدمة أغراضه ، وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه
المصلحة العامة » .

ذلك أن من العقود الادارية ما يتعلق بتنظيم المرفق العام أو
استغلاله « l'organisation et l'exploitation » وأشهرها عقود الامتياز
والأشغال العامة .

ومنها ما يتصل بالمعاونة في تسيير المرفق عن طريق توريد
مواد « Marchés de fournitures » أو تقديم خدمات « Louage de services »
أو عن طريق استخدام المرفق ذاته « L'utilisation de service » ٠٠ الخ
وفقا لأنواع العقود الادارية المختلفة التي سنعرض لها فيما بعد .

ولكن هل يشترط أن تكون الصلة بين العقد ونشاط المرفق
الذي يخدمه على درجة معينة من المتانة ؟! يذهب بعض الفقهاء
الى ذلك ، فيشترط لصيرورة العقد اداريا أن يحقق « حالا ومباشرة
غرضا من أغراض المرفق العام » (٢) .

« réalise directement et immédiatement un but de service public ».

(١) وفي القضية رقم ٢٢٢ لسنة ١٠ قضائية والتي صدر فيها الحكم في ١٦
ديسمبر سنة ١٩٥٦ تقول محكمة القضاء الاداري :

« ومن ثم فإن المعيار المميز للعقد الاداري ٠٠٠ هو موضوع العقد متى اتصل
بالمرفق العام على أية صورة من الصور ، سواء أكانت من حيث تنظيم المرفق العام
أو استغلاله له أو تسييره أو المعاونة والمساهمة في ذلك أو استخدامه عن طريق
العقد » .

(٢) راجع مقال الفقيه مارك رجلاذ : منشور في مجلة القانون العام سنة ١٩٢٤
ص ١٩١ بعنوان :

« De l'application aux marchés de fournitures de la separation des autorités ad-
ministratives et judiciaires ».

ولكن بعض الفقهاء الآخرين يرون أن القضاء الفرنسى لا يتطلب هذا الشرط ، بدليل أنه يعتبر كثيرا من عقود التوريد ادارية بالرغم من أنها لا تخدم المرفق العام الا بطريق غير مباشر^(١) .

وعلى أية حال ، فإن مدى اتصال العقد بالمرفق العام ، هى مسألة موضوعية يراعيها القضاء الادارى فى كل حالة على حدة .

فاذا ما انقطعت صلة العقد بالمرفق العام ، فإن مجلس الدولة الفرنسى يعتبره عقدا خاصا . ومن ذلك العقود التى تبرمها الأشخاص العامة لادارة الأموال الداخلة فى دومينها الخاص^(٢) . وهو ما قضت به دائرة العقود بمحكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (القضية رقم ٨٧٠ لسنة ٥ قضائية) بخصوص بيع الدولة لثمار بعض المدايق المملوكة لها ، حيث تقول : « ... ولا علاقة لتلك العقود بتسيير مرفق عام وانما تنصرف العقود الثلاثة ... الى استغلال الدولة للدومين المملوك لها ملكا خاصا تنصرف فيه على شاكلة الأفراد عندما يتصرفون فى أموالهم تصرف السيد فى ماله :

«de jouir et disposer en maitre de ses biens».

وفقا لقواعد القانون المدنى »^(٣) .

وبذات المعنى قضت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٨ (سبق) أن العقد الذى يبرمه أحد الأفراد مع الادارة لشراء كمية من الزلط الموجود بمخازن سكك حديد الدلتا

(١) مطول الجير المرجع السابق ، ص ٦٥ .

(٢) قضاء مطرد لمجلس الدولة الفرنسى ، راجع على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٣٠ يونيو سنة ١٩٦٦ فى قضية «Dile Weills» مجموعة سبرى القسم الأول ص ١٦١ . ومن أحكامه الحديثة حكمه الصادر فى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٥٢ فى قضية «Sté d'Aubigny-Plages» المجموعة ص ٤٧٥ . وحكم التنازع الصادر فى ٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ فى قضية «Conservateurs des eaux et forts de Corse» المجموعة ص ٦١٣ . (٣) كما أنها فى حكمها الصادر فى ٢٢ مارس ١٩٦٦ (السنة ١٤ ص ٢٥٦) بعد أن رددت الميزان الثلاثى للعقود الادارية انتهت الى أن « تأجير إحدى الجهات الادارية لقطعة أرض من أملاكها الخاصة الى أحد الأفراد لاقامة مصنع عليها لا يعتبر عقدا اداريا » .

التي تديرها الحكومة ليس عقدا اداريا ، لأن العقد « لا يتصل بتسيير المرفق العام ، ولا يعدو أن يكون مجرد بيع مال مملوك للدولة ملكا خاصا تتصرف فيه على نحو ما يتصرف الأفراد فى أموالهم طبقا لأحكام القانون المدنى » . ورفضت المحكمة بحق ادعاء الادارة بأن « المرفق يعتمد فى سيره على بيع هذه المنتجات » « اذ أن مجرد عجز ايراد هذا المرفق عن مواجهة مصروفاته لا يستتبع اتخاذ وسائل القانون العام ، كما لا يستقيم عقلا أن تعتبر هذه العقود ادارية فى حين لا تمد كذلك عقود نقل الركاب والبضائع لهذا المرفق ، وهى مظهر نشاطه الأصيل . . » .

كما أن القضاء الادارى فى مصر مستقر على أن « عقد اشتراك التليفون يعتبر من عقود القانون الخاص التى تنظم العلاقة بين المرافق الاقتصادية والمنتفعين بخدساتها » . ادارية عليا فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٨٥ (الطعن رقم ١٨ لسنة ٢٩ القضائية) .

ثم أن محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ٢ مايو سنة ١٩٥٨ (السنتان ١٢ و ١٣ ص ١١٤) قضت بأن العلاقة بين الدولة وبين عمال المعاش بالمزارع الحكومية - وهم لا يتقاضون أجورا ، بل يمنحون قطعة أرض يزرعونها ويخضم الايجار مقابل عملهم - هى علاقة تماقندية مدنية بحتة تدخل فى نطاق روابط القانون الخاص . (عقد ايجار أرض زراعية اقترن بعقد عمل - منفعة الأرض مقابل الخدمة) . ولكن المحكمة الادارية العليا ذهبت فى تكييف العلاقة مذهبا آخر ، فقضت فى حكمها الصادر فى ٥ مايو سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٧٩٣) بأن « علاقة عامل المعاش بوزارة الزراعة انما هى علاقة عمل دائم ، وليست علاقة عرضية أو مؤقتة ، ومن ثم يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى بنظر المنازعات التى تنشأ بين عامل المعاش وجهة الادارة بمناسبة مباشرته لخدمة ذلك المرفق العام » .

المبحث الثالث

اختيار المتعاقدين لوسائل القانون العام

وهذا هو الشرط الثالث والفاصل في تمييز العقود الادارية .
ذلك أن اتصال العقد الذى تبرمه الادارة بالمرفق العام ، اذا كان شرطا لازما «condition necessaire» لكى يصبح العقد اداريا، فانه لا يكفى بذاته «condition suffisante» لكى يضاف على العقد تلك الصفة . وتحصر أحكام مجلس الدولة المصرى باستمرار على ابراز هذه الحقيقة الجوهرية فى موضوع العقود الادارية . ومن ذلك قول محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ وقد سبقت الاشار اليه « . . . » كما أن علاقة العقد بالمرفق العام اذا كانت ضرورية لكى يعتبر العقد اداريا ، فانها ليست مع ذلك كافية لمنحة تلك الصفة ، اعتبارا بأن قواعد القانون العام ليست ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العام ، اذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام ، فان ادارة قد لا تلجأ فى ابرامه الى أسلوب القاتون العام لما تراه من مصلحتها فى المدول عن ذلك الى أسلوب القانون الخاص ، فتتبع فى شأنه ما يتبعه الأفراد فى تصرفاتهم الخاصة . ومع ثم فان المعيار المميز للعقود الادارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التى تبرمها الادارة ليس هو صفة المتعاقد ، بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور . . . مشتركا فى ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة فى العقد . . . » .

كما أن المحكمة الادارية العليا تؤكد فى جميع أحكامها التى أثير فيها نقاش حول طبيعة العقد الادارية ظرف انطواء العقد على شروط استثنائية للتوصل الى اثبات الصيغة الادارية أو نفيها عنه .
ومن ذلك على سبيل المثال ما جاء بحكمها الصادر فى ١٩ مايو سنة ١٩٦٢ (من ٧ ص ٨٩٠) ، بعد أن أثبت صلة العقد بالمرفق « وقد تضمن (العقد) - كما يتضح من مطالعة بنوده شروطا استثنائية

غير مألوفة في القانون الخاص ، وأخرى تنبئ في جملتها عن انصراف نية الإدارة الى اتباع أسلوب القانون العام ، والأخذ بأحكامه ووسائله في شأنه ، مستخدمة في ذلك الامتيازات والحقوق المقررة لها بوصفها سلطة عامة ، ومعتمدة في تعاقدها على فكرة السلطة وعلى تمتعها بقسط من سيادة الدولة وسلطانها ، الأمر الذي يخضع هذه الرابطة التي تتوافر فيها مميزات العقد الإداري وخصائصه لأحكام القانون الإداري » (١) .

والملاحظ في هذا الصدد أن القانون الإداري قد تطور : فلقد كان القانون الإداري يقوم في أول الأمر على فكرة المرفق العام كلية ، فكانت قواعد القانون الإداري ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العام ، وذلك حينما كانت المرافق العامة مقصورة على المرافق الإدارية وحدها . ومن ثم فقد كان يكفي أن يتصل العقد بمرفق عام حتى يكون إداريا ، لأن المرافق الإدارية تخضع كلية للقانون العام .

ثم حدث التطور الذي أُلْمِنا إليه فيما سلف ، وظهرت الأنواع الجديدة من المرافق العامة . وحينئذ لم يعد من الممكن أو المفيد أن تخضع المرافق الجديدة خضوعا تاما لقواعد القانون العام ، ومنحت الإدارية حرية كبيرة في اختيار الوسيلة التي تحقق بها الصالح العام . ومن ثم لم يعد كافيا أن يتصل العقد بمرفق من المرافق العامة ليكتسب الصفة الإدارية ، لاحتمال أن تكون الإدارة قد اختارت وسيلة القانون الخاص . ولهذا ظهر الشرط الثالث والأخير لتمييز العقود

(١) وهي تقرر في حكمها الصادر في ٢١ مارس سنة ١٩٦٢ « السنة ٧ ص ٥٢٧ » أنه « .. إذا كان العقد مبرما لتحقيق مصلحة خاصة ، وليس في نصوصه شروط غير مألوفة في القانون الخاص ، فهو عقد من عقود هذا القانون ، وتخرج المنازعة بشأنه من ولاية القضاء الإداري » .

وفي حكمها الصادر في ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٨ (ص ١٣ ، ص ٥٥٢) تقرر أن احتواء عقد بيع الزلط على شروط « دفع كامل الثمن مقدما قبل تسليم البئح » و « دفع ايجار المخزن الذي يوجد به الزلط بعد نهاية سنة ١٩٥٥ (موعد التسليم) هي شروط مألوفة في عقود القانون الخاص » .

الادارية • بل سنرى بعد قليل ، أن هناك رأيا يكتفى بهذا الشرط الثالث لتمييز العقود الادارية ، بصرف النظر عن علاقة العقد بالمرفق العام •

وأهم وسيلة يعتمد عليها القضاء الادارى - فى فرنسا وفى مصر - للكشف عن نية الادارة فى اختيار وسائل القانون العام ، هى أن يتضمن العقد - كما يقول القضاء الادارى المصرى فى معظم أحكامه القديمة والحديثة - « شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص » «*Clauses exorbitantes*»

ومن أحكام المحكمة الادارية العليا فى هذا الخصوص :

- حكمها الصادر فى ٢ يناير سنة ١٩٦٥ (س ١٠ ، ص ٣١٦) « وأخذ به بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط غير مألوفة فى القانون الخاص » •

- حكمها الصادر فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٧ (س ١٣ ، ص ٣٥٩) « ... وأن تظهر نيته فى الأخذ بأسلوب القانون العام ، وذلك بتضمن العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة فى عقود القانون الخاص » •

- حكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٨٧٤) « ... واتبعت فيه وسائل القانون العام اذ ضمنته شروطا استثنائية غير مألوفة فى نطاق القانون الخاص » •

وأخيرا حكمها الصادر فى ٢١ يونيو سنة ١٩٨٠ (الصمق رقم ٨٥١ لسنة ٢٠ قضائية) « صدور العقد من جهة نائية عن الدولة واتصاله بنشاط مرفق من المرافق العامة ، وتضمنه شروطا غير مألوفة فى نطاق القانون الخاص » واستنادا الى هذه الشروط انتهت المحكمة الادارية العليا الى أن التصريح لشركة المعمورة للإسكان والتعمير بالانتفاع بكازينو فى منطقة شاطئ المعمورة ، يعتبر

من المنافع العامة يعتبر عقدا اداريا ، بالنظر الى الشروط الاستثنائية التي انطوى عليها الترخيص والتي اوردها المحكمة تفصيلا .

- هذا ولقد سبق أن رأينا أن المحكمة الدستورية العليا قد استعملت ذات الاصطلاح في أحكامها التي سبقت الإشارة إليها . ومن ثم فإن فكرة « الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص » هي حجر الزاوية في التعرف على طبيعة العقود الادارية في الوقت الحاضر^(١) .

على أنه اذا كان الفقه والقضاء - سواء في فرنسا أو في مصر - يجمع على ضرورة احتواء العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة ، لكي يكتسب الصفة الادارية ، فانه من الصعوبة بمكان تحديد متى تعتبر الشروط خارجة على المألوف في القانون الخاص . ويرجع ذلك في الغالب الى التزام مجلس الدولة الفرنسي بخطة الاختصار الشديد في صياغة أحكامه . فهو في الكثير الغالب ، يكتفى بأن يعلن مبدأ اشتغال العقد على شروط غير مألوفة ، دون شرح لهذه الشروط ، ومن ثم يعتبر العقد اداريا . ونجد هذه الصيغة التقليدية في حكمه الصادر في ٢١ يناير سنة ١٩٤٨ في قضية Penaraya^(٢) حيث يقول : « ... Clause attribuant à la puissance publique des prérogatives exorbitantes du droit commun ».

وأحيانا يحاول مجلس الدولة الفرنسي تعريف تلك الشروط . ومن ذلك حكمة الصادر في ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٠ في قضية «Stien» والذي جاء به في صدد تلك الشروط قوله انها « تلك التي تمنح أحد الطرفين المتماقدين حقوقا أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها

(١) راجع مطول أندريه دي لوبادير المرجع السابق ، ص ٨٥ حيث يقول :

«La notion de clause exorbitante ou dérogation au droit commun constitue aujourd'hui incontestablement l'élément central de la théorie du contrat administratif. C'est en effet la présence de telles clauses dans un contrat qui est le critère par excellence de son caractère administratif».

(٢) مجموعة سوي سنة ١٩٤٩ ، القسم الثالث ص ٦ .

عن تلك التى يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد فى نطاق القانون المدنى أو التجارى»^(١) .

وفى القليل النادر يبرز القضاء الادارى الشروط التى استند اليها فى اضافة الصفة الادارية على العقد . ومن أوضح تلك الحالات حكم التنازع الصادر فى ٢٧ يوليو سنة ١٩٥٠ فى قضية «Paulabeuf»^(٢) حيث يقول « وحيث ان الاتفاق المبرم بين الدولة والسيد «Paulabeuf» يحتوى على شروط تخرج على المألوف فى القانون الخاص ، فالمادة ٥ منه تخضع المفاوض لرعاية الادارة وتوجيهها سواء فيما يتعلق بتنفيذ الأعمال التى كلف القيام بها أو باستغلال المحجر . كما أن المادة السادسة تخول الدولة فى حالة تقصيره أن تتولى التنفيذ بنفسها ، وأن تسترد بمقتضى أوامر بالدفع المبالغ التى تنفقها فى هذا الخصوص، وذلك دون حاجة الى اتخاذ أى اجراءات سوى ائذار المفاوض ، وأخيرا فان المادة المباشرة من الاتفاق قد أحلت المشروع محل الدولة فيما يتعلق بحقها فى الاستيلاء المؤقت للحصول على المواد اللازمة للمشروع اذا لم يمكن الاتفاق مع أصحاب الشأن ... »^(٣) .

وبهذا المسلك المفصل يأخذ مجلس الدولة المصرى فى الغالب من أحكامه . فمحكمة القضاء الادارى تقول مثلا فى حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (القضية رقم ٢٢٣ لسنة ١٠ قضائية)^(٢) : « ... ومن حيث انه يبين من الاطلاع على العقد المبرم بين محكمة القاهرة الابتدائية وبين المدعى عليه ... أنه قد تضمن شروطا منها التزام المدعى عليه بتقديم المشروبات والمأكولات بأسعار محدودة مرافقة للعقد على أن يكون لجهة الادارة حق زيادتها أو تخفيضها وأن يقدم لموظفى ومستخدمى المحكمة المشروبات بأثمان

(١) المجموعة ص ٥٠٥ .

(٢) «Clauses ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangères par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consenties par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales».

(٣) المجموعة ص ٦٦٨ .

مخفضة ، وأن يلتزم المدعى عليه بتنفيذ أمر الجهة الادارية المتعاقد معها اذا رأّت فصل أحد العمال لعدم نظافته أو سواء سلوكه أو لأى سبب كان ، كما اشترط فى العقد أن للمحكمة الحق فى التفتيش على المقاصف والعمال فى أى وقت ، والأمر باجراء النظافة واستبدال الغير لائق من المعدات على حساب المدعى عليه اذا قصر فى هذا الشأن ، وكذلك نص فى العقد على حق المحكمة فى فسخ العقد والاخلاء دون حاجة الى تنبيه أو انذار ، وهذه كلها شروط غير مألوفة فى العقود الخاصة المماثلة » .

« ومن حيث انه على مقتضى ما تقدم يكون العقد سالف الذكر قد اتسم بالطابع المميز للعقود الادارية من حيث اتصاله بمرافق عام ، وأخذته بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط استثنائية ... »

كما أن المحكمة الادارية العليا تفعل ذات الشيء ، فهى تقرّر فى حكمها الصادر فى ١٣ مايو سنة ١٩٦١ (س ٦ ص ١٠١٢) أنه « من المسلم به أن العقد الادارى يتميز باحتوائه على شروط غير مألوفة فى العقود المدنية ، الفرض منها ضمان حسن سير المرافق العامة ، ومن ثم فإن البند الذى يخول الادارة الحق فى توقيع العقوبات على المخالف جائز قانونا ، والقول انه يطلق يد الادارة فى توقيع الغرامة التى تقدرها بلا قيد من حيث مقدارها ، هذا القول مردود بأن استعمال الادارة حقها المخول لها فى هذا البند من حيث فرض الغرامة على المخالف ، خاضع لرقابة القضاء الادارى للتحقق من أنه غير مشوب بالتعسف » .

وفى حكمها الصادر فى ٣١ مارس سنة ١٩٦٢ (س ٧ ص ٥٢٧) ، بعد أن أبرزت صلة العقد بالمرافق العام بقولها « ... وهكذا يكون التعاقد قد انصب على شيء يتعلق باحتياجات المرافق العام وتسييره » استطردت توضح قائمة الشروط الاستثنائية التى انطوى عليها التعاقد « ومن هذه الشروط فى نظر المحكمة فى ذلك الحكم :

(١) النص على حق الهيئة الدائمة لاستصلاح الأراضي فى توقيع غرامة يومية قدرها جنية عند الاخلال بأى شرط من شروط العقد •

(ب) النص على حق الهيئة النشار اليها المطلق فى فسخ العقد اذا أخل المورد بأى شرط من الشروط •

(ج) أستقلال الادارة المتعاقدة بوضع شروط العقد •
وهذه الأحكام المطولة - سواء فى فرنسا أو فى مصر - تكشف عن طبيعة الشروط غير المألوفة •

ومن الأمثلة الحديثة للشروط الاستثنائية التى حرصت الحكمة الادارية العليا على ابرازها :

- حكمها الصادر فى ٢٠ مايو سنة ١٩٦٧ (س ١٢ ، ص ١٠٩٤) حق الادارة فى التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر وتوقيع الجزاءات عليه دون رجوع الى القضاء •

- حكمها الصادر فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٧ (س ١٣ ، ص ٣٥٩) شروط الالتزام بالخدمة فى عقود التعليم والا دفع نفقات الدراسة بالكامل •

- حكمها فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ص ٨٧٤) حق الادارة فى « تعديل الخطوط (خط الملاحة النهري) والتعريفة ونظام السير والمواعيد وتوقيع الغرامات عن عدم تسيير المنشآت وما الى ذلك » •

- حكمها فى ١٨ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٤ ، ص ٩٥٣) حق وزارة التربية والتعليم فى اسقاط حق المؤلف بصفة مطلقة لصالح الوزارة ، وحقها فى تنقيح المؤلف وتعديله كما تشاء دون أن يكون للمؤلف حق الاعتراض على ذلك •

ويمكن رد هذه الشروط غير المألوفة الى أفكار رئيسية ، كما يمكن الاستدلال عليها بقرائن معينة • ونجمل ذلك كله فيما يلى :

أولا : الشروط التى تتضمن امتيازات للإدارة لا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد الآخر^(١) : وهذه الامتيازات فى مجال شروط العقد ، هى أبرز ما يميز العقود الادارية ، اذ بمقتضاها تستطيع الادارة أن تحمل المتعاقد معها ، وبارادتها المنفردة ، التزامات تجعل موقف المتعاقدين فى العقود الادارية غير متكافئ . فمنذ الخطوات الأولى فى إبرام العقود الادارية يتجلى هذا الاخلال بقاعدة مساواة المتعاقدين . فالفرد الذى يتقدم بقصد التعاقد فى مناقصة أو مزايعة عامة يلتزم بمجرد تقديمه ، أما الادارة فلا تلتزم الا فى وقت متأخر ، وقد لا تلتزم اطلاقا كما سنرى فيما بعد . وفى بعض العقود قد تشترط الادارة شروطا هى من قبيل شروط الأسد فى القانون الخاص . وبينما يلتزم الأفراد بمجرد التعاقد ، فان الادارة قد لا تلتزم بشئ اطلاقا ، بل وقد تحتفظ بحقها فى التحرر من العقد كلية ، كما هو الشأن فى عقد طلب تقديم الماونة على التفصيل الذى نعرض له فى موضعه . وتتجلى تلك الشروط فى تنفيذ العقد على وجه الخصوص . فالادارة تضمن عقودها الادارية باستمرار شروطا تحتفظ لنفسها بمقتضاها بالحق فى تعديل التزامات المتعاقد معها سواء بالنقص أو بالزيادة ، وبسلطة التدخل للإشراف على تنفيذ العقد ، وتغيير طريقة التنفيذ ، ووقف التنفيذ مؤقتا ، وفسخ العقد أو انهاءه بارادتها المنفردة دون حاجة لرضاء الطرف الآخر . وأخيرا فان من تلك الشروط ما يخول الادارة حق توقيع عقوبات على المتعاقد معها فى حالة اخلاله بالتزاماته دون حاجة الى وقوع ضرر أو الالتجاء الى القضاء ... الخ

هذه الشروط يبرزها القضاء الادارى المصرى باستمرار سواء فى قضاء المحكمة الادارية العليا أو محكمة القضاء الادارى ، وقد رأينا بعض الأمثلة لهذا القضاء .

ثانيا : ومن الشروط غير المألوفة ما يخول المتعاقد مع الادارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير^(١) : بمعنى أنها تخول المتعاقد مع الادارة الحق في ممارسة بعض مظاهر السلطة التي تمارسها الادارة عادة ، وبالقدر الذي يستلزمه تنفيذ العقد الادارى .
وواضح أن مثل هذه الشروط لا نظير لها في العقود التي تتم في نطاق القانون الخاص بين الأفراد .

وعلى هذا الأساس كثيرا ما تتضمن عقود امتياز المرافق العامة شروطا تخول الملتزمين حق ممارسة بعض سلطات البوليس ، أو حق نزع الملكية ، أو فرض ارتفاعات معينة . كما أن المقابل الذي يتقاضاه الملتزم من المتفعين - وفقا لبعض الآراء وكما سترى فيما بعد - هو رسم يخضع لأحكام القانون العام وليس أجرا في مقابل الخدمة كما هو الشأن في عقود القانون الخاص . ثم ان بعض الشروط التي ترد في عقد الامتياز - دون أن تتضمن تفويضا صريحا في ممارسة مظاهر السلطة العامة السابقة - فانها تتسم بصفات تجعلها غير مألوفة في العقود الخاصة . ومثال ذلك تخويلها الملتزم استعمال واستغلال الدومين العام بطريقة تجعله صاحب احتكار فعلى «monopole de fait» فتؤدى تلك الشروط بالتبعية الى تقييد حرية المشروعات المنافسة^(٢) .

وكثيرا ما نجد في عقود الأشغال العامة شروطا تخول المقاول حق شغل بعض العقارات الخاصة لمدة محدودة «privilège d'occupation temporaire» دون حاجة لرضاء ملاكها مقدما . وهذا من حقوق السلطة العامة التي تمارسها الادارة عادة . وبعض العقود الأخرى تخول المتعاقد مع الادارة سلطة الاستيلاء على بعض المنقولات جبرا «droit de requisition»

ثالثا - الاحالة الى دفاتر شروط معينة^(٣) : سترى عند دراستنا لكيفية ابرام عقود الادارة أن الادارة كثيرا ما تعد شروطا

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢١ ابريل سنة ١٩٥٠ فى قضية «Nuncies» المجموعة ص ٢٣١ .
(٢) «Prérogatives octroyées par le contrat au cocontractant à l'égard des tiers» .
(٣) «La référence à un cahier des charges de l'administration»

موحدة لطوائف مختلفة من العقود الادارية ، وتضمنها دفاتر تطبع وتمد مقدما قبل التعاقد ، وتعتبر جزءا من العقد الادارى بعد ابرامه بجوار الشروط الخاصة التى يتفق عليها بين الادارة وبين المتعاقد الآخر . فاذا لم يتضمن العقد شرطا غير مألوف ، ولكنه أحال الى دفاتر الشروط تلك ، فهل تمد هذه الاحالة بمثابة شرط استثنائي يضمنى الصفة الادارية على العقد ؟

تتوقف الاجابة على طبيعة الشروط الواردة فى الدفتر المشار اليه : فاذا كانت تلك الشروط استثنائية وغير مألوفة ، فلا شك فى أن العقد يصبح اداريا ، لأن الاحالة على دفتر معين ، يجعل الشروط الواردة به جزءا لا يتجزأ من العقد ، وكأنها قد وردت به صراحة .

اما اذا كانت الدفاتر المحال عليها لا تتضمن شروطا غير مألوفة ، فان الاحالة عليها لا تتضمن ما يفيد فى تحديد طبيعة العقد «référence inutile» (١) .

رابعا : شروط جعل الاختصاص للقضاء الادارى (٢) : كثيرا ما تضمن الادارة عقودها شرطا تجعل الاختصاص بمقتضاء للقضاء الادارى فى كل ما يتعلق بالمنازعات المتولدة عن العقد . فهل يكفى هذا الشرط للكشف عن طبيعة العقد الادارية ؟ لقد رأينا أن فكرة العقود الادارية بتحديد القانون تقوم على أساس مشابه ، لأن تلك العقود تكتسب الصفة الادارية بمجرد أن المشرع قد جعل الاختصاص بنظر المنازعات المتولدة عنها للقضاء الادارى - ولكن مجلس الدولة

(١) قضاء مطرد : حكم النزاع الصادر فى ١٧ يوليو سنة ١٩٢٣ فى قضية «Sté des magasins généraux» المجموعة ص ٥٨١ وفى ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ .
فى قضية «Siret» «Siret, Rev. prat. de dr adm. 1954 no. 350»
ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص حكمه الصادر فى ٢١ يناير سنة ١٩٣٨ فى قضية «Bureau de l'édition musico-mécanique» سرى سنة ١٩٤٠ القسم الثالث ص ٩ مع تعليق مستر ، وفى ٢٣ فبراير سنة ١٩٤٤ فى قضية «Trahand» مجلة القانون العام سنة ١٩٤٥ ص ٢٥٥ مع تعليق جيز .
(٢) «Les stipulations attributives de compétence»

الفرنسي لم يعمل الشرط الاتفاقي فيما يتعلق بالاختصاص على اطلاقه ، بل يحاول أن يوفق بين مبدأين :

(أ) المبدأ الأول : هو حرية المتعاقدين في الاختيار بين العقود الادارية وعقود القانون الخاص .

(ب) المبدأ الثاني : أن الادارة لا تستطيع باتفاقاتها مع الأفراد أن تعدل قواعد الاختصاص ، لأن تلك القواعد تتعلق بالنظام العام .

وباعمال هذين المبدأين ، ينتهي القضاء الى أن شرط الاختصاص لا يمكن أن يؤثر بذاته على طبيعة العقد . ولكنه قد يكشف عن طبيعة العقد اذا كان العقد بذاته اداريا^(١) ، وبالتالي فان دور هذا الشرط يمكن تلخيصه فيما يلي :

١ - لا قيمة للشرط اطلاقا اذا كانت طبيعة العقد واضحة . فاذا كان العقد اداريا بطبيعته لاحتوائه على شروط استثنائية وغير مألوفة ، فان شرط الاختصاص يصبح مجرد تأكيد لحقيقة ثابتة من قبل . فاذا كان العقد خاصا بطبيعته ، كما لو كان موضوعه يتعلق بالدومين الخاص مثلا ، فان القضاء يهدر الشرط باعتباره مخالفا للنظام العام^(٢) .

٢ - أما فائدة الشرط فتتجلى في حالة ما اذا كانت طبيعة العقد غير واضحة ، بمعنى أن العقد الذي ورد به الشرط قد يكون اداريا أو خاصا وفقا لارادة المتعاقدين ، ففي هذه الحالة اذا ما كانت الشروط غير قاطعة في اضافة الصيغة الادارية على العقد ، لكونها مجرد قرارات ترجح الصيغة الادارية ، فحينئذ يكون شرط الاختصاص ، بالاضافة الى القرائن الأخرى ، العامل الحاسم في ابراز صفة العقد الادارية . وهذا هو مسلك مجلس الدولة الفرنسي والذي وضع أساسه في حكمه الصادر في ١٩ يونيو سنة ١٩١٨ في

(١) راجع مطول دي لوبادير ، المرجع السابق ، ص ٨١ حيث يقول :

« Il en résulte que la clause attributive de compétence ne peut avoir d'effet que si elle répond à la nature réelle du contrat dans lequel elle a été insérée. »

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٨ يوليو سنة ١٩١٦ في قضية

« Sté. gén. de gaz du Midi » المجموعة ص ٣٣٠ وفي ١٩ فبراير سنة ١٩٢٦ في

قضية « Dep. de l'Ain » المجموعة ص ١٩١ .

قضية «Sté. des voiliers français»^(١) ، حيث اقترن شرط الاختصاص ،
بالإشارة الى «تقاليد وزارة البحرية»^(٢) والذي جاء فيه :

«Si la clause prévoyant que les contestations seraient jugées administrativement ne pouvait être par elle-même attributive de compétence, elle n'en a pas moins eu pour effet d'indiquer la commune intention des parties en ce qui concerne le caractère de la convention intervenue entre elles».

خامسا : اشتراك المتعاقد مع الإدارة مباشرة في تسيير المرفق العام^(٣) : اذا خلا العقد من الشروط غير المألوفة أو القرائن السابقة ، فان القضاء الإداري الفرنسي يعتبره اداريا اذا كان من شأنه أن يؤدي الى اشراك المتعاقدين مباشرة في تسيير المرفق العام .

وعلى هذا الأساس استقر القضاء الإداري على أن عقد امتياز (أو التزام) المرافق العامة هو عقد اداري باستمرار ، لأنه يؤدي الى اشتراك الملتزم في ادارة المرفق العام بنفسه «Participe lui-même à l'exécution du service public» . وطبق الفكرة السابقة فيما يتعلق بالمقود التي تبرمها الدولة ، لا سيما في وقت الحرب ، بقصد نقل الجنود . فاذا اقتصر مؤجر السفينة على وضع سفينته تحت تصرف الدولة دون أى مشاركة من جانبه ، فالعقد يعتبر عقد ايجار من عقود القانون الخاص . أما اذا تولى بنفسه وبيعارته نقل الجنود ، فان العقد يعتبر اداريا^(٤) . على أن بعض الأحكام الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي توحى بأن المشاركة في تسيير المرفق العام في الحالات السابقة لا يمكن أن تؤدي بذاتها الى صيرورة العقد اداريا ، بل يتعين أن يسير المرفق في هذه الحالة وفقا لقواعد القانون

(١) المجموعة ص ٥٩٧ -

(٢) «La référence aux usages du département de la marine».

(٣) «La participation directe du cocontractant à la gestion même du service».

(٤) حكم التنازع الصادر في ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ في قضية «Manon» المجموعة ص ٧٩٥ وحكمها الأحكام الصادر في ٦ أكتوبر سنة ١٩٤٦ في قضية المجموعة ص ٣٢٧ وحكم المجلس الصادر في ١٣ فبراير سنة ١٩٤٧ في قضية «Grange» مجموعة سريى سنة ١٩٤٩ ، القسم الثالث ، ص ٦ .

العام ، لأنها هي التي تتطلب وسائل غير مألوفة في معاملات الأفراد فيما بينهم^(١) .

ولكن هذا القضاء الأخير لا ينسجم مع ما هو مستقر من أن عقود امتياز المرافق العامة ذات الطابع الاقتصادي (الصناعية والتجارية) هي عقود ادارية باستمرار بالرغم من أن معظم نشاط تلك المرافق يخضع القانون الخاص^(٢) .

سادسا : العقود التبعية والتكميلية : اذا ما كان العقد محل النزاع قائما بذاته ، فانه يمكن تحديد طبيعته القانونية في ضوء الضوابط الثلاثة السابقة . على أنه يصادفنا في العمل حالة العقود التكميلية والتبعية التي لا توجد الا مستندة الى عقد سابق . وهنا تمتد طبيعة العقد الأصلي الى العقد التكميلي أو التبعية . وقد طبقت المحكمة الادارية العليا هذا المبدأ في حكمين من أحكامها على النحو التالي :

أولا - حكمها الصادر في ١٨ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٩٥٣) وتتلخص ظروفه فيما يلي :

أبرمت وزارة التربية والتعليم عقدا مع بعض المؤلفين تنازلوا بمقتضاه عن تأليف كتاب المطالعة للمدارس الاعدادية الجزء الثاني ، وتمهدوا بمراجعة تجارب الكتاب . وقد حدث أن طبع هذا الكتاب أكثر من مرة ، وفي احداها اختارت الوزارة أحد المؤلفين لمراجعة

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١١ يونيو سنة ١٩٤٨ في قضية «Jouvet» دالوز سنة ١٩٤٨ القسم الثالث ص ٥٣٧ مع تعليق «Blaeuvoets» . وحكم الصادر في ١٠ مايو سنة ١٩٤٨ في قضية «Jasquin» مجلة القانون العام سنة ١٩٤٩ ص ٦٠٠ مع تعليق فالين ، ويتعلق هذا الحكم الأخير بأن إحدى البلديات تعاقدت مع أحد الأفراد على إطلاق صواريخ في ١٤ يوليو . ف قضى المجلس بأن العقد مدني وبرر ذلك بقوله :

«Considérant que le service public à l'exécution du quel a participé cet artificier ne présentait, en ce qui concernait le tir du feu d'artifice qu'il devait réaliser, aucune modalité de fonctionnement de nature à donner à cette opération un caractère différent de celui qu'elle aurait revêtu si elle avait été effectuée pour le compte d'un particulier».

(٢) مطول أندريه-دي لوبادير ، المرجع السابق ، ص ٧٢ هامش رقم ١٣ .

تجارب الطبقات ، فأخطأ في الخلاف خطأ ترتب عليه إعادة طبعه .
فرجعت عليه الوزارة بالتكاليف أمام محكمة القضاء الإداري .
فدفع المؤلف بانقضاء العقد بتنفيذه أول مرة ، وأن الخطأ الذي
رفعت الدعوى بشأنه ليس خطأ تعاقدياً ، وأنه حتى مع التسليم
بوجود عقد ، فإنه ليس من العقود الإدارية ، لأن مراجعة تجارب
(أو بروفات) الكتاب لا يحتوى على الشروط الاستثنائية التي يلجأ
إليها في تمييز العقود الإدارية . وأقرت محكمة القضاء الإداري
الدفع الأول ، وقضت بعدم الاختصاص . ولكن المحكمة الإدارية
العليا ألغت حكمها ، وأقرت مبدأين هامين :

المبدأ الأول : أن ثمة عقداً غير مكتوب . وبحسب قول المحكمة :
« ومن حيث أن العقد غير المكتوب ولئن كان غير مألوف في المجال
الإداري بسبب جنوح الإدارة عادة إلى إثبات روايتها العقدية
بالكتابة^(١) ، إلا أنه لا يزال يؤدي دوراً مكمل لبعض أنواع العقود
الإدارية ، فقد تركز إليه مع بعض المتعاقدين إذا اتفقت معهم
على تكميل أغراض التعاقد الأصلي من ناحية من النواحي التي انصب
عليها . وهذا الأسلوب التعاقدى يخلق مشكلة التعرف على طبيعة
هذا العقد إذا أعوزه بعض الخصائص التي يتسم بها العقد الإداري
كمفصل الشروط الاستثنائية مثلاً » .

المبدأ الثاني : أن صفة العقد الأصلي تمتد إلى العقد المكمل :
تقول المحكمة : « ولقد قطع القضاء الإداري الفرنسي في هذا الصدد
بأن هذا العقد المكمل تنصرف إليه طبيعة العقد الأصلي بحكم ارتباطه
به ، وتمويله عليه ، واذن فلا حاجة البتة إلى استظهار أركان العقد
الإداري فيه » .

ولما كان العقد الأصلي - عقد التأليف - يسهم في تسيير مرفق
التعليم ، وقد انطوى على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون

(١) وسوف تدرس هذه النقطة فيما بعد .

الخاص ، فان المحكمة قد انتهت الى اضافة الصيغة الادارية على
المقدين الأصلي والتكميلي ، وهو اجتهاد سليم .

ثانيا - حكمها الصادر في ٢٦ فبراير سنة ١٩٧٢ (س ١٧ ،
ص ٢٦٣) : وتجرى وقائمة على النحو التالي :

استأجر أحد المواطنين قطعة أرض من مصلحة المحاجر والمناجم
لاقامة مصنع طوب عليها ، ولتشوين بعض المواد اللازمة للصناعة ،
وذلك في ظل القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٤٨ (المناجم والمحاجر)
ابتداء من ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥١ . ثم صدر القانون رقم ٦٦ لسنة
١٩٥٣ الذي حل محل القانون الأول وخفف الايجار للمتر المربع
من ٨٠ جنيها الى ٢٠ جنيها ، كما قرر بعض الاعفاءات . طالبت
الادارة بقيمة الأجرة على أساس القانون الأول . ولما وصل النزاع
الى محكمة القضاء الاداري أثرت بشأنه عدة دفعوع يعينها منها الدفع
بعدم الاختصاص ، نظرا لأن المقد من عقود القانون الخاص ، لأنه
ينصب على استئجار قطعة أرض من أملاك الدولة الخاصة وهو
لا يتصل باستغلال منجم أو محجر : « اذ الثابت أن الأرض موضوع
النزاع هي من أملاك الدولة الخاصة وأنها أجزتها للمدعى مصنعا
لانتاج الطوب الأجوف ، والمنتجات الأسمنتية ، وليتخذ منها حوش
تشوين نظير جعل معين ، وأن تلك الأرض لا تتضمن مواد محجرية
يمكن استخدامها في الأغراض التي أقيم من أجلها المصنع » .

ولكن المحكمة الادارية العليا قد رفضت هذا الدفع : « ومن
حيث ان هذا الدفع مردود بأن مصلحة المناجم والمحاجر لا تقوم
- طبقا لما تقضى به القوانين المتعاقبة في شأن المناجم والمحاجر -
بتأجير أرض خارج مناطق البحث والاستغلال لاقامة مبان أو منشآت
أو مد خطوط ديكوفيل أو لتكوين « أحواش تشوين » الا تبعا
لترخيص بالبحث أو عقد استغلال منجم أو محجر ، فمثل هذه العقود
تعتبر عقودا تبعية لتراخيص البحث وعقود الاستغلال ، ومتفرعة

عنها . ومن المبادئ المقررة أن العقد التبعي أو المتفرع عن عقد أصلي يسرى عليه ما يسرى على العقد الأصلي . ومن ثم تأخذ عقود تأجير هذه الأراضي حكم تراخيص البحث وعقود استغلال المناجم والمهاجر . ولا خلاف في أن هذه التراخيص تعتبر قرارات ادارية ، كما تعتبر عقود الاستغلال المترتبة عليها عقودا ادارية ، وبهذا جرى قضاء هذه المحكمة » .

وهكذا أصبح هذا المبدأ النظرى مطبقا أمام المحكمة الادارية العليا . ومن المسلمات أن المبادئ التي تقررها المحكمة الادارية العليا هي مبادئ ملزمة لمحاكم مجلس الدولة الأخرى ، وتؤدي مخالفتها الى قبول الطعن أمام المحكمة الادارية العليا في الأحكام الصادرة على خلافها .

تلكم هي الشروط الأساسية التي يجب توافرها في عقود الادارة لكي يصبح العقد اداريا ، والتي يرددها معظم الفقهاء في مؤلفاتهم أو تعليقاتهم^(١) وهي التي يشير اليها مفوضو الدولة في تقاريرهم أمام مجلس الدولة الفرنسي . كما أن معظم أحكام مجلس الدولة الفرنسي ، وقد أوردنا الكثير منها ، تشير الى تلك الشروط بما لا يدع مجالا للشك في لزومها جميعا . وأخيرا فإن أحكام القضاء الاداري المصري قاطعة في هذا الخصوص .

غير أن فريقا من الفقهاء يذهب الى اهدار شرط المرفق العام ، اكتفاء بالشرط الثالث ، بمعنى أنه اذا تضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، فإن العقد يصبح اداريا بفض النظر عن علاقته بالمرفق العام^(٢) .

(١) راجع بيوار ما سبق ذكره ، جيز ، مجلة القانون العام سنة ١٩٤٥ ص ٢٥٢ ، وغالين مطوله في القانون الاداري ، الطبعة السادسة ص ٥٦١ ، وتعليق لمستر في ميرى سنة ١٩٢٨ ، القسم الأول ص ٢٠١ . وبيكينو ودى لويادير ، المرجعان اللذان أشرنا اليهما أكثر من مرة .

(٢) راجع بهذا المؤلف النقيب «René Chapus» وموضوعه :

«Responsabilité publique et responsabilité privés»

طبعة سنة ١٩٥٤ ، ص ١٠٩ حيث يستعرض قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد مركزا الضوء على عنصر الشروط الاستثنائية وحدها .

ولم يبق الاتجاه السابق بمعزل عن القضاء الادارى ، فقد وجدت فيه أحكام - وان تكن قليلة - الا أنها تعكس الرأى السابق ، ونكتفى بالاشارة الى بعضها :

حكم التنازع الصادر فى ٢٧ يوليو سنة ١٩٥٠ فى قضية «Paulabeuf» (وقد سبقت الاشارة اليه) وقد اهتم اهتماما بالغاً بفحص شروط العقد ، وأبرز الصفة الاستثنائية وغير المألوفة على النحو الذى أوردناه ، ولكنه لم يتحدث عن فكرة المرفق العام اطلاقاً ، بل لقد كان موضوع العقد بعيد الصلة عن المرفق العام ، ويقوم على استغلال محبر يملكه أحد الأفراد واستولت عليه الدولة .

وهبت بعض الأحكام الأخرى خطوة أبعد من ذلك ، فلم تكتف بتجاهل شرط المرفق العام ، وانما ذكرت صراحة أن احتواء العقد الذى تبرمه الادارة على شروط غير مألوفة ، يجعل هذا العقد ادارياً ولو كان منبث الصلة بالمرفق العام . نجد هذا المعنى واضحاً فى حكم التنازع الصادر فى ٦ يوليو سنة ١٩٤٦ فى قضية «Etat» C. sté des établissements Frigorifiques Lyonnais» والذى جاء فيه أنه وان كان العقد المبرم بين الشركة والادارة لا يؤدى الى اشتراك الشركة فى تنظيم المرفق العام ولا فى تسييره ، فان المادة العاشرة منه قد أخضعت تنفيذ العقد للشروط الواردة فى دفتر الشروط العامة التى تخضع لها عقود وزارة الحربية ، وهذه الاحالة الى شروط تخرج على المؤلف فى القانون الخاص فى كثير من النواحي تطبع العقد بالصفة الادارية^(١) .

ثم ان مجلس الدولة الفرنسى - بروحه العملية التى لا تهتم كثيراً بالمعايير النظرية - قد أصدر أحكاماً ، وان تكن قليلة فانها قد

= فى مصر دافع عن وجهة النظر السابقة الدكتور ثروت بدوى فى رسالته عن عمل الأمير ، طبعة سنة ١٩٥٥ ص ١٧ وما بعدها . كما تبين وجهة النظر ذاتها ، الدكتور أحمد عثمان عياد فى رسالة عنوانها « مظاهر السلطة العامة فى العقود الادارية » - طبعة سنة ١٩٧٣ وقد أعدها بأشراف الدكتور ثروت بدوى .
(١) المجموعة ص ٣٢٩ .

خزجت على الضوابط التي تقيد بها في مجال معيار العقد الادارى ،
ونجد أشهر تطبيقات هذه الحالة في حكمة الشهر الصادر في ١٩
يناير سنة ١٩٧٣ في قضية «Soc. d'exploitation électrique de la rivière du saint»
المجموعة ص ٤٨ . فقد اعتبر من قبيل العقود الادارية
العقود التي تبرمها بعض جهات الادارة لشراء الكهرباء من
منتجى القطاع الخاص الذين لم يشملهم التأميم لمجرد أن المشرع قد
أخضع هذه العقود لنظام استثنائي «un régime exorbitant du droit
commun» يتمثل في ضرورة اللجوء الى وزير الكهرباء
بصد كل نزاع ينشب بين الادارة وبين منتجى الكهرباء قبل اللجوء
الى القضاء . وقد اعتبر بعض الفقهاء هذا الحكم بمثابة أزمة
«crise» في مجال العقود الادارية . وبارغم من ذلك فقد أقرت
محكمة التنازع هذا الاتجاه (حكمها في ٢٤ أبريل سنة ١٩٧٨ في
قضية «Soc. boulangerie du Kourou» المجموعة ص ٦٤٥)^(١)

وهذا الاتجاه من بعض الفقهاء والأحكام ، يكشف عن الظروف
الماصرة التي تحيط بفكرة المرفق العام كميّار لتحديد مجال
القانون الادارى . فهناك - كما سبق أن ذكرنا - اتجاه يرمى في
الوقت الحاضر الى احياء فكرة السلطة العامة لتحل محل فكرة المرفق
العام في تحديد مجال تطبيق القواعد الادارية . ولكن وضع السلطة
العامة موضع المرفق العام في تحديد مجال تطبيق القانون الادارى ،
هو في رأينا وقوف عند الوسيلة دون اهتمام بالفاية ، وهو مسلك
في غاية الخطورة ، لا سيما في الوقت الحاضر الذي زاد فيه تدخل
الادارة في مختلف النواحي . فالمسلم به أن سلطان الادارة ليس
بغاية في ذاته ، ولكنه وسيلة لتحقيق النفع العام . والمرافق العامة
هى أنجع وسائل الادارة في تحقيق النفع العام . وكل ما قد يؤخذ
على فكرة المرفق العام ، أن النفع العام لا يتحقق دائما عن طريق
مرفق عام ، أو على الأقل لا يرتبط في جميع الحالات ارتباطا مباشرا
بمرفق عام . ومن ثم فقد نادى الفقيه فالين باستبدال فكرة النفع

العام بفكرة المرفق العام - ولكن هذه الفكرة لا يمكن أن ترقى الى درجة المعيار ، ولن تغنى عن فكرة المرفق العام ، لأنها فكرة غير محددة ، ولأن النفع العام هو المحرك لنشاط الادارة كله - والمسلم به أن نشاط الادارة لا يتم جميعه فى نطاق القانون الادارى - ثم ان الادارة لا تحتكر تحقيق النفع العام ، وانما يشاركها فى ذلك الأفراد بدرجة تتزايد يوما بعد يوم ، بل وبتشجيع من الادارة ذاتها كما ذكرنا .

ومن ثم ، فإن الأحكام السابقة التى تقف عند الشروط غير المألوفة ، وتهمل صلة العقد بالمرفق العام ، ما تزال قليلة كما ذكرنا ، بالقياس الى تلك التى تربط بين الشرطين - ونرى من المصلحة العامة أن نقرن بين الشرطين فى مصر ، مع التوسع فى معنى المرفق العام ، لأن وسائل القانون المنطوية على عنصر السلطان ، انما تقررت نزولا على مقتضيات سير المرافق العامة - أما فى غير تلك الحالة ، فعلى الادارة أن تلجأ الى وسائل القانون الخاص - وبذلك نضمن التوفيق بين الصالح العام ومصالح الأفراد وحررياتهم^(١) .

وأخيرا ، فقد رأينا أن هذا المسلك الذى ندافع عنه ، هو الذى يلتزمه القضاء الادارى المصرى فى أحكامه حتى الآن ، وقد أيدته أخيرا المحكمة الدستورية العليا فى أحكامها التى أوردناها فيما سلف .

تعميد طبيعة الاتفاقات المركبة

يحدث فى العمل أن نكون أمام اتفاق مركب (convention complexe) تبرمه الادارة ويحتوى على عناصر متنوعة ، ولو طبقنا عليها المعيار السابق فى التمييز بين العقود الادارية وعقود القانون الخاص ، لوجدنا أن الاتفاق ينطوى فى حقيقة الأمر على نوعين من العقود : عقد ادارى وعقد من عقود القانون الخاص - فهل يفصل القضاء بين

(١) فى التفاصيل - راجع مؤلفنا « مبادئ القانون الادارى » المرجع السابق حيث ناقشنا تطورات هذا الموضوع بالتفصيل .

كل نوع من الشروط ، ويطبق عليه النظام القانوني الذي يحكمه ،
أم يماثل الاتفاق ككل ويخضعه لنظام قانوني واحد ؟! مثال ذلك أن
تبرم الادارة اتفاقا يشتمل على عناصر أشغال عامة ، - مما يعتبر
عقدا اداريا في جميع الحالات كما ذكرنا - وينطوي في ذات الوقت
على عناصر عقد توريد مما يعتبر اداريا أو مدنيا وفقا لطبيعته
الذاتية .

يجرى القضاء الادارى في فرنسا - في مثل الحالة السابقة -
على معاملة الاتفاق ككل : (Le principe de l'unité de la convention)
بمعنى أن ينظر القاضي الى العنصر الغالب (L'élément prédominant)
ويطبع الاتفاق بطابعه . ومن ذلك قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى
موضوع تأجير الادارة لينابيع المياه المعدنية (Les baux de sources
thermales) اذا تضمن التأجير عناصر أشغال عامة أو امتياز
بمرفق عام^(١) . ويمكن أن نعتبر من هذا القبيل فى مصر فتوى
مجلس الدولة فى ٢٩ يوليو سنة ١٩٥٧ (سبقت) والتي اعتبرت
مجموعة الاتفاقات التى تمت بين الادارة وبين المتعاقدين بخصوص
استصلاح وتعمير منطقة المقطم والمنزه بمثابة عقد امتياز يخضع
للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ .

هذا ويجرى مجلس الدولة الفرنسى على تفليب الجوانب الادارية
فى الاتفاق على أساس ترجيح المصلحة العامة ، بحيث لا يهمل
القضاء تلك الجوانب ، الا اذا كانت ضئيلة بالقياس الى الجوانب
المدنية فى العقد^(٢) .

(١) راجع حكم مجلس الدولة الصادر فى ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ فى قضية
«Sté des automobiles Talbot» المجموعة ص ٨٦ وفى ٣ يوليو سنة ١٩٢٥
فى قضية «de Mestral» دالوز سنة ١٩٢٦ القسم الثالث ص ١٧ وفى ١١ يونيو سنة
١٩٥١ فى قضية «Allard» المجموعة ص ٣٢٧ وفى ٢٥ مارس سنة ١٩٤٩ فى قضية
«Sté des pêcheries Fecamp et Sté J. Huret» المجموعة ص ١٥٠ .

(٢) حكم التنازع الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٣٠ فى قضية «Boyer et Jullien»
دالوز سنة ١٩٣١ القسم الثالث ص ٢٣ ، حيث اعتبرت الاتفاق مدنيا رغم احتوائه
رغم احتوائه على عناصر ضئيلة من الأشغال العامة .

على أنه بالرغم من المبدأ السابق ، فإن الفصل فى الاتفاق المركب - بل وحتى فى نطاق المقعد الواحد - بين الجوانب الادارية والمدنية متعين فى بعض الحالات ، كنتيجة لاعمال قواعد الاختصاص . ومرد ذلك الى الأحكام المنظمة لفكرة المسائل الأولية «La théorie générale des questions prejudicielles» فالمسلم به فى القضاء الفرنسى أنه اذا علق الفصل فى موضوع النزاع على مسألة أولية تدخل فى اختصاص جهة أخرى فانه يتعين الرجوع الى تلك الجهة للحصول على حكم منها فى المسألة الأولية قبل التصدى للموضوع . وعلى هذا الأساس يجرى القضاء الادارى فى فرنسا على أن حسم المنازعات المتعلقة بالملكية والتي تثار عند التصدى للفصل فى المنازعات الخاصة بمقعد ادارى ، انما هو من اختصاص القضاء المدنى^(١) . كما أن تقدير مشروعية القرارات الادارية التى يثيرها النزاع بمناسبة عقد من عقود القانون الخاص أمام المحاكم القضائية ، هو من المسائل الأولية التى يتمين الاحالة فيه الى القضاء الادارى قبل الفصل فى الموضوع^(٢) .

وسوف نعود الى تفصيل هذا الموضوع فيما بعد

(١) حكم النقض المدنى الصادر فى ٢٠ مايو سنة ١٩٤١ فى قضية «Cons. Trébut»
دالوز سنة ١٩٤١ ص ٢٥٨ .

(٢) حكم مجلس الدولة الصادر فى ٢ أغسطس سنة ١٩٢٠ فى قضية «Ville de
Rennes» المجموعة ص ٧٩٩ .

وحكم الدوائر المجتمعة بمحكمة النقض فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ فى قضية
«Soc. morid des vins» دالوز مبينة ١٩٣١ ، القسم الأول ص ٨٥ مع تعليق
فالين .

البَابُ الثَّالِثُ

التعريف بأهم العقود الادارية

يمكن تقسيم العقود الادارية على النمط المعروف فى القانون الخاص : فمنها ما يرتب التزامات فى جانب كل من الطرفين المتعاقدين «Les contrats synallagmatiques»

وهذا هو الأصل فى العقود الادارية ، كما هو الشأن فى عقود القانون الخاص . ومنها ما يرتب التزامات فى جانب واحد «C. unilateraux» وسنرى أن ثمة عقودا ادارية من هذا القبيل .

ومن عقود الادارة ما يؤدى الى افادة كل من الطرفين المتعاقدين «C. à titre onéreux» وهذا هو الغالب . ومنها ما يؤدى الى افادة طرف واحد «C. à titre gratuit» ثم ان بعض عقود الادارة فورية التنفيذ «C. à exécution instantanée» ولكن معظمها منجم التنفيذ «C. à exécution successive»

وأخيرا فهناك العقود الادارية المسماة «C. nommés» التى لها نظام قانوني خاص معروف مقدما . والعقود الادارية غير المسماة ، التى تبرمها الادارة على خلاف المألوف كلما تطلبت ذلك مقتضيات سير المرافق العامة .

ومعظم التقسيمات السابقة ليست لها أهمية خاصة فيما يتعلق بالنظرية العامة للعقود الادارية ، ولهذا نكتفى بالتعريف بأهم العقود الادارية التى تبرمها الادارة ، سواء أكانت مسماة أم غير مسماة .

الفصل الأول

عقد امتياز المرافق العامة

١ - عقد امتياز (أو التزام) المرافق العامة «La concession des services publics» هو أشهر العقود الادارية المسماة ، ولعله أهمها أيضا ، على الأقل في الدول غير الاشتراكية .

ويمكن تعريفه بأنه عقد ادارى يتولى الملتزم - فردا كان أو شركة - بمقتضاه وعلى مسئوليته ، ادارة مرفق عام اقتصادى واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين ، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التى تضمنها الادارة عقد الامتياز .

وهذا وقد عرفته محكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ٢٥ مارس سنة ١٩٥٦ بقولها : « .. ان التزام المرافق العامة ليس الا عقدا اداريا يتمهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسئوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الادارية ، وطبقا للشروط التى توضع له ، بأداء خدمة عامة للجمهور ، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح » . فالالتزام عقد ادارى ذو طبيعة خاصة ، وموضوعه ادارة مرفق عام ، ولا يكون الا لمدة محدودة . ويتحمل الملتزم بنفقات المشروع وأخطاره المالية ، ويتقاضى عوضا فى شكل رسوم يحصلها من المنتفعين^(١) « .. » .

(١) السنة العاشرة ص ٢٥٩ . وعرفه مشروع التقنين الأول كما يلى : « الالتزام بمرفق عام » الامتياز « هو المقد الذى تيرمه جهة الادارة المختصة مع فرد أو شركة بقصد ادارة مرفق عام ذى صبغة اقتصادية لمدة معينة مقابل جعل يتقاضاه المتعاقد من المنتفعين بالمرفق » (مادة ٦٨) وعرفه قسم الرأى فى فتواه رقم ٣٦٩ فى ١٦/١٢/١٩٤٩ بأنه « عقد يتمهد بمقتضاه شخص بأن يقوم على حسابه وعلى مسئوليته بإدارة مرفق عام متحملا مخاطره وما تتطلبه ادارة هذا المرفق من أشغال عمومية اذا =

٢ - ويمتاز عقد التزام المرافق العامة على الرافع فقها وقضاء بأنه يحتوى على نوعين من الشروط :

شروط تعاقدية «clauses contractuelles» تحكمها قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، وهى الشروط التى لا تمتد الى كيفية أداء الخدمة للمنتفعين والتى يمكن الاستغناء عنها لو أن الادارة تولت استغلال المرفق بنفسها . وشروط لائحية «C. réglementaires» تملك الادارة تعديلها فى كل وقت وفقا لحاجة المرفق العام موضع الاستغلال ، وهى التى تبين كيفية أداء الخدمة للمنتفعين . ومرجع ذلك - كما تقول محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٤٨٥ ورقم ١٣٦٧ السنة ٧ قضائية) - الى أن الدولة « ٠٠ وهى المكلفة أصلا بإدارة المرافق العامة ، فانها اذا عهدت الى غيرها أمر القيام بها ، لم يخرج الملتمزم فى ادارته عن أن يكون معاونا لها ، ونائبا عنها فى أمر هو أخص خصائصها . وهذا النوع من الاناية - أو بعبارة أخرى هذه الطريقة غير المباشرة لإدارة المرفق العام - لا تعتبر تنازلا أو تخليا من الدولة عن المرفق العام بل تظل ضامنة ومسؤولة قبل أفراد الشعب عن ادارته واستغلاله ، وهى فى سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل فى شئون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة هذا التدخل ولذلك فان عقد الالتزام ينشئ فى أهم شقية مركزا لائحية يتضمن تخويل الملتمزم حقوقا مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله . وهذا المركز اللائحي الذى ينشئه الالتزام والذى يتصل بالمرفق العام هو الذى يسود العملية بأسرها .

أما المركز التعاقدى فيعتبر تابعا له ، وليس من شأنه أن يحول دون صدور نصوص لائحية جديدة تمس الالتزام وأنه ولو أن الشروط اللائحية تتقرر باتفاق يبرم بين السلطة مانحة الالتزام

= لزم الأمر ، ويمتنع فى سبيل ذلك مؤقتا بعض السلطة العامة ، وذلك مقابل جعل يؤديه الى جهة الادارة مما يحصله من أجور من الجمهور نظير استعمالهم للمرفق ، مجموعة الأستاذ سمير أبو شادي ص ٩٧ .

والملتزم الا أن هذا الاتفاق ليس عقدا ، ولا يترتب عليه التزامات
دائنية ومديونية ، بل هو يقرر قاعدة تنشئ مركزا قانونيا أو لائحيا ،
فان حق الدولة فى تعديل هذا المركز بارادتها المنفردة من الأمور
التي تخرج عن نطاق الجدل^(١)

وتؤكد المحكمة الادارية العليا ذات التكييف فى احكامها
باستمرار ، ومن ذلك على سبيل المثال حكمها الصادر فى
١٩٧٧/١٢/٣٠ (قضية رقم ١١٠ ، السنة القضائية ١٣ ، مجموعة
المكتب الفنى ، مبدأ رقم ٢٣ ، ص ٢٧) حيث تقول : « ومن حيث
أن المسلم به فقهاء وقضاء أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم
الى نوعين : شروط لائحية ، وشروط تعاقدية . والشروط اللائحية
فقط هى التى يملك مانح الالتزام تعديلها بارادته المنفردة فى
أى وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة ، دون أن يتوقف ذلك على
قبول الملتزم . والمسلم به أن التعريف أو خطوط السير وما يتعلق
بهما ، من الشروط اللائحية القابلة للتعديل بارادة مانح الالتزام
المنفردة . . . »

(١) كما أن فتاوى القسم الاستشارى تأخذ بذات التكييف . ومن ذلك على سبيل
المثال فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى رقم ٩٢ فى ١٩٥٦/٢/٤ (مجموعة
الأستاذ سمير أبو شادى - ص ٥٣) وقد جاء فيها : « من المسلم فقهاء وقضاء أن
مانح الالتزام يملك بارادته المنفردة تعديل الشروط اللائحية لعقد الالتزام فى أى وقت
وفقا لمقتضيات المصلحة العامة ، دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم . وحق تعديل
الشروط اللائحية مستمد من طبيعة موضوع العقد ، وهو المرفق العام ، اذ القاعدة
الأساسية أن السلطة العامة هى صاحبة الكلمة العليا فى تنظيم وإدارة المرافق العامة
لتعلق ذلك بالمصالح العام . فاذا تغيرت الظروف ، وأصبح نظام المرفق الذى تقرر
وقت التعاقد لا يتفق مع الظروف الجديدة ، ولا يحق المنفعة العامة التى أنشئ
لتحقيقها ، كان للسلطة العامة مانعة الالتزام أن تغير هذا النظام ، وأن تفرض على
الملتزم بمحض سلطتها النظام الذى تراه أدنى الى تحقيق المصلحة العامة . كما أنه من
المسلم أن التعريف والشروط المتعلقة بها من الشروط اللائحية القابلة للتعديل
بارادة الإدارة المنفردة ، وأنها تظل محلا من جانب واحد ولو كان تعديلها بنسب على
طلب الملتزم أو مترتبة على اتفاق أو مفاوضة معه . . . »

وراجع أيضا فتاوها فى ١٩٥٤/١١/٤ (رقم ٤١٤) ذات المجموعة السابقة ،
ص ٥٤ .

ولصلة عقد الامتياز الشديدة بالمرافق العامة ، فانه يعتبر عقدا اداريا باستمرار . ومن ثم كان أول العقود التي نص المشرع على اختصاص محكمة القضاء الادارى المصرية بالنظر فى المنازعات المتعلقة بها .

٣- ولقد كان هذا المقدم من أكثر العقود التى ثارت بشأنها منازعات بين الادارة والأفراد ، وأعلنت المحاكم القضائية - لاسيما المختلطة - بخصوصه مبدأ وجود عقود ادارية متميزة عن عقود القانون الخاص ، لصلتها الوثيقة بالمرافق العامة . ومن أوضح الأمثلة على ذلك حكم محكمة القاهرة المختلطة الصادرة فى ٢ أبريل سنة ١٩١٧ والذي جاء به « أن الامتياز عقد من عقود القانون العام *Constitue un contrat de droit public* »^(١) ولكن رغم هذه الحقيقة فقد بقيت الصبغة المدنية غالبية على أحكامه مما اضطر المشرع - كما ذكرنا - الى أن ينظمه بأحكام خاصة بمقتضى القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة (المعدل بمقتضى القانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ ورقم ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥ و ١٨٥ لسنة ١٩٥٨) والذي أخذ بالمبادئ الأساسية المنظمة للعقود الادارية^(٢) .

ولما كانت الادارة قد منحت عقود امتياز كثيرة قبل صدور القانون السابق ، فان المادة الثامنة منه قد نصت على سريان أحكامه من وقت صدوره على الالتزامات السابقة قطعاً لدابر كل تفسير عكسى ، لأن الأحكام التى جاء بها هذا القانون - كما تقول مذكرته الايضاحية - « . . مستقلة عن شروط عقود الالتزام وواجبة التطبيق ولو لم ينص عليها فى وثيقة الالتزام ، بل ولو نص على شروط تعاقدية تخالفها ،

(١) (Gaz. VII, 105-307)

(٢) اعترفت المذكرة الايضاحية للقانون المشار اليه بهذه الاعتبارات حيث تقول : « وقد كان عقد التزام المرافق العامة ولو أنه من العقود الادارية ، معتبرا فيما مضى عقدا مدنيا أو تجاريا وكان لكل الشروط الواردة فيه صبغة التعاقد ، فهى بتلك المثابة قانون المتعاقدين . . . فاصبح ذلك العقد يحسب أحكام مجلس الدولة الفرنسى وآراء الفقهاء الفرنسيين من شئون القانون الادارى ، وأصبحت لمعنى المرافق العامة المنزلة الأولى ، وبدلاً الملتزم معاوناً للادارة فى عمل له أوثق الصلات بالمصلحة العامة » .

اذ الأمر فيها يتعلق بمبادئ تملو على الاتفاقات التى تمتبر قانونا للمتعاقدين ، فيجب اذن أن يعمل بها من تاريخ نشرها فى كل التزام مهما يكن تاريخ منحه » .

ولكن المادة الثامنة ، بعد أن وضعت الحكم السابق ، استطردت قائلة : « وذلك مع عدم الاخلال بأحكام أى اتفاق صدر بقانون سابق على هذا القانون » . وقد فسرت محكمة القضاء الادارى هذه الفقرة فى ضوء الأعمال التحضيرية للقانون بقولها : « ... ومن حيث أنه يبين مما تقدم أن الاستثناء الذى قصده المشرع بالفقرة الأخيرة من المادة الثامنة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ انما تقرر لحماية أسهم التمتع الخاصة بشركة مياه القاهرة للأسباب التى أفصحت عنها المناقشات البرلمانية قبل اصدار التشريع ، ومن ثم فان المادة المذكورة ينسحب أثرها على جميع مواد القانون بحيث تسرى أحكامه من وقت صدوره ، وبأثر حال مباشر ، على جميع الالتزامات السابقة .. وأن تحاسب الشركات التى تقوم باستغلال المرافق العامة على مقتضى المادة الثالثة - الخاصة بتخديد نسبة الريح - من القانون من وقت صدوره ، الا اذا كانت فى مركز يماثل شركة مياه القاهرة من حيث وجود أسهم تمتع فيحكمها فى هذا الشأن الاتفاق الصادر بقانون سابق على القانون المذكور^(١) » .

ولن نعرض هنا للأحكام التى جاء بها القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ تفصيليا ، لأنها لا تعدو أن تكون تطبيقا للنظرية العامة فى العقود الادارية . ومع ثم فسوف نشير إليها فى موضعها كتطبيق تشريعى لتلك النظرية . ونكتفى هنا بأن نبرز الجوانب التى ينفرد بها عقد الالتزام .

٤ - وترجع أهمية عقد الامتياز الى كونه - كما ذكرنا - يغول فردا عاديا أو شركة الحلول محل السلطات العامة فى ادارة مرفق عام

(١) حكمها فى يناير سنة ١٩٥٧ فى القضية رقم ٤٨٥ و ١٣٦٧ لسنة ٧ قضائية وقد سبقت الإشارة اليه .

واستغلاله . وغالبا ما يكون ذلك عن طريق الاحتكار القانوني أو الفعلي مما استوجب اخضاع الملتزم في ادارة المشروع واستغلاله ، لكافة القواعد الضابطة لسير المرافق العامة . كما أن هذا الاعتبار أدى الى تنظيم نوع من الرقابة على الادارة ذاتها في منعها الالتزامات بادارة واستغلال المرافق العامة من الناحية الأخرى ، لأن بعض شركات الامتياز القوية ، لا سيما اذا ما تغفل فيها العنصر الأجنبي ، تمثل خطرا حقيقيا على مصالح الدولة ، بل وعلى سيادتها . ومن ثم فقد تضمن دستور سنة ١٩٢٣ نصا صريحا في المادة ١٣٧ منه على أن « كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور وكل احتكار ، لا يجوز منحه الا بقانون وإلى زمن محدود » . وقد انتهى الرأى فى تفسير تلك المادة الى ضرورة اصدار قانون خاص بمنح كل التزام على حدة .

وقد اعتمدت محكمة القضاء الادارى المصرية هذا الرأى فى حكمها الصادر فى ٢٤ يونية سنة ١٩٥٦ حيث تقول ، بعد أن استعرضت الخلاف الذى دار حول تفسير المادة ١٣٧ السابقة : « ... وانتهى البرلمان بمجلسيه الى اقرار الرأى القائل بوجوب اصدار قانون خاص فى كل حالة يراد فيها منح التزام بمرق عام ... » وعلى مقتضى ذلك لا يجوز منح التزام فى الأحوال المشار إليها فى المادة ١٣٧ سائلة الذكر الا بقانون ، وليس من حق الادارة ولا فى سلطتها أن تبرم عقدا يختص البرلمان بإبرامه بقانون ، ولو تم تماقدا كهذا ، فانه يقع باطلا لمخالفته للدستور ، ولصدوره من جهة غير مختصة فلا يترتب عليه أثر ولا يكسب حقا^(١) » .

(١) السنة المباشرة ص ٣٦٥ . وفى موضوع الدعوى انتهت المحكمة الى أن المرسوم بقانون الصادر فى ١٩٢٦/٤/٢١ بخصوص صيد الاسفنج والذى ينص على منح التزام حق صيد الاسفنج فى المياه المصرية بقرار من مجلس الوزراء وفى حالة طرحه فى مناقصة عامة بقرار من وزير المالية لم يخالف الدستور ، لأن المشرع « ... عندما أصدر المرسوم بقانون سالف الذكر ... كان متأثرا بفكرة أن استغلال منابت الاسفنج فى المياه المصرية لم يبلغ من الأهمية والخطر ما يجعله فى مستوى المورد الطبيعى للثروة القومية . ويبدو أن الواقع من الأمر وظروف الحال وقتئذ كانت تبرر هذا النظر ، إذ يبين من الرجوع الى مذكرة الحكومة عن استغلال مصايد الاسفنج أن = (م - ٨ العقود الادارية)

وبالرغم من سقوط دستور سنة ١٩٢٣ ، ومن أن مجلس الوزراء قد جمع بين يديه السلطين التشريعية والتنفيذية خلال فترة الانتقال وفقا للدستور المؤقت الأول فقد استمر العمل على منح الامتياز بمقتضى قانون خاص فى كل حالة على حدة - بل وافقت الجمعية العمومية لقسم الرأى فى ٢٨ - ١١ - ١٩٥٤ (فتواها رقم ٩٤٤ ، مجموعة الأستاذ أبو شادى ، ص ٤٦) بأنه ، ولو أن الدستور المؤقت الصادر فى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٣ قد خلا من النصوص المنظمة لكيفية منح الالتزام باستعمال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، فانه « ... باستقراء أحكام الدساتير المقارنة ... يبين أن هناك عرفا دستوريا مستقرا يقضى بقيام نوع من الرقابة البرلمانية على السلطة التنفيذية فى خصوص منح التزامات المرافق العامة أو استغلال موارد الثروة الطبيعية » غير أن هذه الرقابة ليست مطلقة ، بل تقتصر على المرافق القومية الرئيسية والموارد الطبيعية العامة » .

هذا وبالرجوع الى دساتير مصر الصادرة فى سنة ١٩٥٦ ، وفى سنة ١٩٦٤ ، وفى سنة ١٩٧١ نجد أنها تنص على ما يلى :

(أولا) دستور سنة ١٩٥٦ :

= استغلال منابت اسفنج كان والى ما بعد صدور المرسوم بقانون السابق الاشارة اليه بما يزيد عن ١٢ سنة ، يجرى فى نطاق ضيق ولدة قصيرة ، وبصورة فردية تتمثل فى رخص محدودة العدد لا تتجاوز ١٥ رخصة فى السنة يقف متوسط حصيلتها السنوية عند حدود ثلاثة آلاف جنيه مما لا يصح معه أن يوصف بأنه ثروة قومية - يضاف الى هذا أنه ليس متعينا أن يكون كل طبيعي للدولة موردا من موارد ثروتها القومية ، فيكون منح التزام استغلاله بقانون - وتأسيسا على ما تقدم ، واعمالا لأحكام المرسوم بقانون الصادر فى ٣١ من أبريل سنة ١٩٢٦ بما يوائم حكم المادة ١٢٧ من دستور سنة ١٩٢٣ ، يكون منح استغلال الاسفنج بواسطة السلطة التنفيذية ووفقا للأوضاع المقررة فى المرسوم بقانون المذكور فى الصورة التى لا يعتبر فيها هذا المرقق من موارد الثروة الطبيعية فى البلاد - أما حيثما يتحقق فيه هذا الوصف بدلالة الواقع من الأمر أو بدلات أخرى تنبئ عن ذلك ، كان يكون الاستغلال على نطاق واسع منظم وللدولة غير قصيرة ، والشروط والأوضاع التى تتضمنها مادة عقود الالتزام ، فان منح الاستغلال بطريق الالتزام يجب أن يكون بقانون » .

وسنرى كيف عالج الدستور الجديد صعوبة منح الالتزام بقانون فى تلك الحالات ، تلك الصعوبة التى دقت الحكمة الى اعتناق هذا التفسير الذى قد لا يتفق مع حرفية نص المادة ١٣٧ من دستور سنة ١٩٢٣ .

نظم هذا الموضوع فى المادتين ٩٨ و ٩٩ منه على النحو التالى :

مادة ٩٨ : « ينظم القانون القواعد والاجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة » .

مادة ٩٩ : « لا يجوز منح احتكار الا بقانون والى زمن محدد » .
ويمقتضى هذين النصين ، نجد أن المشرع الدستورى قد فرق بين حالتين :

حالة كون الالتزام المراد منحه يتضمن احتكارا ، وحينئذ لا يمكن منحه الا بقانون فى كل حالة على حدة كما كان الشأن فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ . وعندنا أنه يجب التسوية فى هذا الخصوص بين الاحتكارات القانونية والاحتكارات الفعلية .

والحالة الثانية : ألا يتضمن الامتياز احتكارا ، وهنا قد أحال الدستور الى قانون عام يصدر مبينا كيفية منح الامتيازات باستغلال الموارد الطبيعية والمرافق العامة . ويكون منح الامتياز فى هذه الحالة بقرار ادارى استنادا الى القانون السابق^(١) .

(١) هذا المسلك هو الذى انتهت اليه لجنة المرحوم على ماهر فى مشروعها ، فقد جام فيه بهذا الخصوص :

« كل التزام باستغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة يجب أن يكون لزمان محدود ، وأن تجرى فى شأنه علنية تامة فى الاجراءات التمهيدية والمواصفات ومقوماتها فى جميع المراحل كقالة للمنافسة المشروعة والاعتراض الجدى فى اوقات معروفة » .

ويصدر بمنح الالتزام أو تجديده أو الفائه مرسوم بموافقة المجلس المختص ، ويبين فى المرسوم استيفاء اجراءات العلنية التامة ، وافساح المجال للمنافسة والاعتراض . وكل ذلك على الوجه المبين بالقانون .

كل احتكار ذى صبغة عامة لا يجوز منحه الا بقانون والى زمن محدود .
« كل احتكار أو التزام بمرفق محلى يتولاه المجلس المختص ، وتتولى الهيئات كذلك شئون المعاجر ومنح الرخص الخاصة باستغلالها وتجديدها والفائها .
وكل ذلك على الوجه المبين بالقانون » .
وكل هذه التوجيهات جديرة بالاعتبار .

ويحمد لهذا الاتجاه الجديد تبسيط الاجراءات والابتعاد عن البطء الذى يقتضيه استصدار قانون بخصوص كل امتياز على حدة .

هذا وقد نص الدستور المؤقت (دستور سنة ١٩٥٨) فى المادة ٣٠ منه على أنه « لا يجوز منح احتكار الا بقانون ، والى زمن محدود » . ولم تكن هذه المادة الا مجرد ترديد للمادة ٩٩ من دستور سنة ١٩٥٦ . وفى ظل هذا الدستور المؤقت - الذى لم يكن الا مجرد امتداد لدستور سنة ١٩٥٦ - صدر القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ ، ونص فى المادة الأولى منه على أنه : « يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، وكذلك أى تعديل فى شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الاتاوة (العائدات) بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة . ويكون تعديل ما عدا ذلك من الشروط بقرار من الوزير المختص » . ولقد أضاف المشرع فقرة ثالثة الى القانون المشار اليه - بمقتضى القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٦٠ - نصها كما يلى : « على أنه بالنسبة الى موارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور التابعة لوزارة الحربية ، يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمارها وتعديل شروطها بقرار من وزير الحربية اذا لم تتجاوز مدة الامتياز خمس سنوات » . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لهذا القانون الأخير أن اعمال حكم القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ على اطلاقه بالنسبة الى موارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور ، سيؤدى الى عدم امكان تأجيرها فى الوقت المناسب لأن المناطق التابعة لوزارة الحربية « تزيد على مائة وخمسين منطقة يتراوح ايجارها السنوى بين ثلاثة جنيهات وعشرين ألف جنية » ومنها ما يؤجر موسميا لبضعة أشهر . لذلك رأى تيسيرا لاستغلال هذه المناطق ، تعديل القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ بحيث يكون منح امتيازها بقرار من وزير الحربية اذا لم تتجاوز مدة الامتياز خمس سنوات » . وكان القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ (معدلا) يعتبر مكملا للمادة ٣٠ من الدستور المؤقت (دستور سنة ١٩٥٨) وبمقتضاها معا يتعين منح

الاحتكارات بقانون ، ومنح الامتيازات التي لا تتضمن احتكارا ،
بقرارات جمهورية بشرط موافقة مجلس الأمة مقدما .

(ثانيا) دستورا سنة ١٩٦٤ وسنة ١٩٧١ : لم يرد بخصوص
هذا الموضوع فى دستور سنة ١٩٦٤ الا نص المادة ٧٤ والتي تقول :
« ينظم القانون القواعد والاجراءات الخاصة بمنح الالتزامات
المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة - كما يبين
أحوال التصرف بالمجان فى العقارات المملوكة للدولة ، والنزول عن
أموالها المنقولة ، والقواعد والاجراءات المنظمة لذلك » .

وقد أعيد النص على هذه المادة بذات صياغتها السابقة فى دستور
مصر الحالى ، الصادر سنة ١٩٧١ تحت رقم ١٢٣ . ومن ثم فان
الحكم الذى استحدثه دستور سنة ١٩٦٤ ما يزال ساريا فى ظل
الدستور الجديد .

وأول ما يلاحظ بخصوص هذه المادة أنها أغفلت التمييز بين
الامتيازات التى تنطوى على احتكار وبين غيرها من الامتيازات ، مع
أن هذا التمييز جوهري ، ولعلها تركت معالجة هذا التمييز للتشريع
المقترح والذى لم يصدر بعد . ويطبق القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨
فى ظل أحكام الدستور الجديد .

هذا وقد صيغ نص المادة ٦٩ من مشروع تقنين العقود الادارية^(١)
على النحو التالى : « يكون منح الالتزام بمرفق عام بقانون اذا تضمن
احتكارا قانونيا أو فعليا . وفى غير ذلك من الأحوال يكون منح
الالتزام بمرفق قومى بقرار من رئيس الجمهورية . أما الالتزامات
بمرافق عامة محلية فيكون منحها من الجهة الادارية المختصة وفقا
لل قانون » وهذا المشروع يأخذ بالقول الأرجح فى هذا الصدد ، وان
كان قد تحدث عن التزامات المرافق العامة ، دون الالتزامات التى
يكون موضوعها استغلال مورد مع موارد الثروة الطبيعية ، وحكهما
واحد .

(١) وهو ما لم يصدر بعد رغم اعداده منذ فترة طويلة .

وهكذا يكون منح التزامات المرافق العامة واستغلال موارد الثروة الطبيعية خاضعا فى الوقت الحاضر للمادة ١٢٣ من الدستور ، والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ . أما لأحكام الموضوعية للامتياز فيرجع بخصوصها الى القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ (المعدل) .

وفى الحالات التى كان يتعين فيها أن يمنح عقد الامتياز بقانون - فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ وعلى التفصيل السابق - فقد جرى مجلس الدولة المصرى - سواء فى الفتوى أو القضاء - على أن القانون الخاص والصادر بمنح الالتزام يجب أن يصدر فى حدود القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ . وهذا هو الواضح من فتوى قسم الرأى مجتمعا رقم ٣٣٠ الصادر فى ٢١ مايو سنة ١٩٥١ ، والتى جاء فيها : « ٠٠ على أن الدستور المصرى قد منح السلطة التشريعية اختصاصا فى بعض الأعمال الادارية لمقد قرض ومنح الالتزام فى استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية ومنح التزامات المرافق العامة واتشاء الخطوط الحديدية والطرق العامة أو ابطالها والتصرف المجانى فى أملاك الدولة ، فكل هذه الأعمال أعمال ادارية تقوم بها السلطة التشريعية كنوع من الوصاية على السلطة التنفيذية . وهذه الأعمال ليست قوانين من حيث الموضوع ، وان كانت تأخذ شكل القانون ، لأن العرف جرى على أن السلطة التشريعية تفصح عن ارادتها فى شكل قانون . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن يخالف هذا العمل الادارى أحكام القانون . وان كانت السلطة التى تصدرها واحدة ، اذ مع القواعد المقررة فى القانون العام أن السلطة التى تضع قاعدة عامة لا تملك مخالفتها بأعمال فردية ، وان كانت تملك تعديلها بقاعدة عامة أخرى » (١) .

(١) مجموعة فتاوى المجلس ، السنتان ٤ و ٥ ص ٩٦ . وبذات المعنى الفتوى رقم ١٠٤٥ الصادرة فى ١٩٥٢/٦/٢٦ مجموعة الفتاوى ، السنة ٦ و ٧ ص ٦ . ومن قبل ذلك صدر حكم محكمة القضاء الادارى فى أول ديسمبر سنة ١٩٤٨ (السنة الثالثة ص ١٠٦) وقد جاء فيه بصدد الأعمال الصادرة من البرلمان : « ان أعمال البرلمان تنقسم الى أربعة أقسام : القسم الأول يشمل الأعمال التشريعية المحضة الخاصة بتقرير القوانين ، والقسم الثانى يشمل بعض تصرفات أوجب الدستور عرضها على البرلمان للموافقة عليها ، أما لأهميتها الخاصة واما لتأثيرها على أموال الدولة أو =

هذا ويلاحظ أن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ قد جاء خاليا مع الأحكام المتعلقة بكيفية إبرام عقود الامتياز ، واقتصر على سرد الأحكام الرئيسية المتعلقة بتنفيذها .

٥ - ومن أهم المسائل التي نظمها القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ، تحديد مدة عقد الامتياز ، إذ وضعت المادة الأولى منه حدا أقصى لعقود الامتياز هو ثلاثون عاما ، فقضى المشرع بذلك على التقليد القديم الذي كانت تمنح بمقتضاها الامتيازات لمدة ٩٩ عاما ، لأنه كما تقول المذكورة الايضاحية للقانون « ٠٠ لم يعد مع المقبول ازاء ما نشهده من التطور السريع في المسائل الاقتصادية والاجتماعية أن تمنح الالتزامات لما يقرب من قرن . والحق أنه اذا ما حدد للالتزام مدة ثلاثين عاما كفل ذلك للملتزم الانتفاع به للمدة الكافية لاستهلاك ما قام به من نفقات الانشاء ٠٠ » ولا تسرى المدة الجديدة على الالتزامات الماضية فحسب ، بل تسرى على الباقي من مدد الالتزامات القديمة ، فلا تمتد لأكثر من ثلاثين عاما .

وشرط المدة هذا مما يميز عقد الالتزام عن غيره من العقود المشابهة . وقد استندت اليه المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ١٧ يناير سنة ١٩٧٠ (س ١٥ ، ص ١٤٠) للتمييز بين عقد الامتياز ، والترخيص باستغلال مرفق عام ، فقد استعرضت المحكمة أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ (المعدل) والتي توضح بجلاء أن التزام (أو امتياز) المرفق العام انما يكون لمدة طويلة ، وأوضحت أن أحكام الالتزام الواردة في القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ لا يمكن

= أساسها بالمصالح العامة ، والقسم الثالث يشمل الأعمال المتعلقة بالنظام الداخلي لكل مجلس ويحقق الأعضاء وواجباتهم ومكافاتهم وفصلهم وبالمحافظة على النظام داخل كل مجلس ، والقسم الرابع يشمل تصرفات كل مجلس في رقابته السلطة التنفيذية . » وباستبعاد القسم الأول ، الذي يشمل التشريعات الحقيقية وفقا لطبيعتها الذاتية ، استطرد المجلس قائلا : « وجميع القرارات المبينة في هذه الأنواع الثلاثة تصدر من البرلمان في شكل قوانين تختلف عن القوانين التشريعية في طبيعتها والغرض منها . وهو تطبيق القوانين التشريعية العامة القائمة ، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للبرلمان عند إصدارها مجانية قانون قائم فعلا ، على عكس الحال في القوانين التشريعية ، فإنه يجوز للبرلمان عند إقرارها مخالفة أحكام قانون سابق . »

تطبيقها على التراخيص باستغلال بعض المرافق العامة » .. لأنها مؤقتة بطبيعتها ، وتمنح لآجال قصيرة ، وغير قابلة للتجديد ، ويحق لجهة الادارة مانحة الترخيص إلغاؤها فى أى وقت طبقا لصريح نصوصها ، ومن ثم فلا تسرى عليها أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ لأنها مقصورة على عقود التزام المرافق العامة دون غيرها » .

وقد رتبته المحكمة على هذا التمييز نتيجة هامة ، سوف نشير إليها فى الفقرة التالية .

ثم ان القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ وضع حدا أعلى لمقدار الربح الذى يمكن أن يحصل عليه الملتزم ، وقدره ١٠٪ من رأس المال الموظف والمرخص به من مانهج الالتزام ، وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال ، مع تخويل الملتزم تكوين احتياطي فى حدود معينة للسنوات التى لا يصل فيها الربح الى الحد السابق . وبررت المذكورة الايضاحية ذلك بقولها «ويجب أن يكون هذا المبلغ (ال ١٠٪) الحد الطبيعى لجزاء الملتزم اذ لا يجوز أن يطمع - كما هو الحال - فى المشروعات الصناعية أو التجارية فى أرباح غير محدودة ، فان استغلال المرفق العام ليست له صفة المضاربة التى تكون لمثل تلك المشروعات حيث يجب أن يقابل أخطارها الكبرى الأمل فى أرباح لا تكون دون تلك الأخطار كبيرا وقدرها » . والحق أن الملتزم يتمتع بمرکز ممتاز ، فان له غالبا احتكارا بحكم القانون أو الواقع يقيه المنافسة ... ومن جانب آخر فان نظرية الظروف الطارئة غير المتوقعة التى تقرها المادة الخامسة من المشروع تجعل الملتزم بمنجأة من الأخطار الكبرى التى تنتج عن حوادث لم يكن يستطيع توقعها والتي تجعل استغلال التزام المرفق العام يعود عليه الخسارة^(١) » . ولا شك فى سلامة الاعتبارات التى أوردتها المذكورة .

(١) واستطردت المذكورة فى هذا الخصوص تقول : « ... وأخيرا فقد استقر الرأى فى السنوات الأخيرة على وجه الخصوص فى الفقه الفرنسى على أن ما فى التزام المرافق العامة من صفة المصلحة العامة وماله من وثيق الاتصال بها لا يسمح للملتزم أن يجنى من استغلالها أرباحا باهظة يقع ضررها على الأخص على المتقنين بها . ويستند المشروع فى تحديد حصة الملتزم الأصلية بمشرفة فى المائة الى التشريع =

وقد رتبت المحكمة الادارية العليا على التمييز المشار اليه في الفقرة السابقة - بين امتياز المرفق العام ، والترخيص باستغلال المرفق العام - أنه لا يحق للادارة مطالبة المستغل للمرفق العام في الحالة الثانية برد ما زاد من الأرباح عن ١٠٪ لأن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الذي تضمن هذا الحكم « ٠٠ يفترض أن الالتزام لا يمنح الا لمدة طويلة نسبيا تعد بالسنوات ، ذلك لأن الفقرة الأولى (من المادة الثالثة من القانون) نصت على ألا تحسب نسبة الربح الا بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال ، وقضت الفقرة الثانية بأن ما زاد من الأرباح عن تلك النسبة تستخدم في تكوين احتياطي للسنوات التي تقل نسبة الربح عن ١٠٪ ٠٠ وليس من شك في أن هذه الأحكام كلها مستحيلة التطبيق على التراخيص التي قد تمنح لاستغلال بعض المرافق العامة ، لأنها مؤقتة بطبيعتها ، وتمنح لأجل قصيرة » . (الفقرة السابقة)

٦ - ويلاحظ أخيرا أن بعض الأحكام الخاصة بمقدار الامتياز ، قد وردت في القانون المدني في المواد من ٦٦٨ الى ٦٧٢ منه . وهذه الحالة من بقايا مظاهر طغيان القانون المدني على بعض المواد الادارية ، فبالرغم من أن الأعمال التحضيرية للقانون المدني قد قطعت بأن « ٠٠٠ تنظيم المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة يرتبط ، علاوة على التقنين المدني بالتقنين الاداري » فانها استطردت تقول : « والمشروع لا يتعرض بداهة الا للناحية المدنية من هذه المقاولات . والمبادئ التي يقررها في هذا الصدد ليست سوى تأكيد للاتجاهات التي بدت في القضاء المصري الذي حاول بقدر الامكان عن طريق الرجوع الى القواعد العامة ، سد الفراغ الموجود في التقنين الحالي (السابق على صدور القانون المدني الجديد) ٠٠ كذلك يحرص المشروع على ألا يقرر سوى الأحكام التي يمكن أن تنسجم مع التقنين الاداري المصري ٠٠ » .

= البريطاني ، ففي بريطانيا قوانين قديمة عن الالتزام الخاص بتوزيع الماء والانارة بالغاز ، تنص على أنه لا يجوز أن تتجاوز أرباح الملتزم النسبة المحددة في وثيقة الالتزام وهي عادة ١٠٪ من رأس المال الموظف ، فإذا لم تذكر نسبة فانها تكون عشرة في المائة » .

وواضح الخلط فى هذه المقدمات ، فبينما يقرر المشروع أنه لن يتناول الا الناحية المدنية فى عقود الامتياز ، اذ به يسلم من ناحية أخرى أن الأحكام التى أوردها قد صاغها على الأسس الادارية . ولهذا ، فعندما عرض المشروع على مجلس الشيوخ ، اقترح بعضهم بحق « ٠٠ حذف المواد من ٦٦٨ الى ٦٧٣ وهى الخاصة بالتزام المرافق العامة لأن محله الطبيعى القانون الادارى ولأن من المتوقع أن تكون المنازعات المتعلقة به من اختصاص القضاء الادارى المصرى » ولكن لم يؤخذ بهذا رأى - كما تقول الأعمال التحضيرية - لأن المشروع تعرض لجانب محدود من صلة المنتفعين بالملتزم ، وهذا الجانب مدنى الصبغة . وهذا ولم يذهب التعديل المزمع لقانون مجلس الدولة الى جعل القضاء الادارى مختصا دون غيره بالنظر فى المنازعات الخاصة بالتزامات المرافق العامة ، وانما جعل اختصاص القضاء العادى قائما ، وجعل الاختيار للأفراد فى الالتجاء الى الجهة التى يؤثرونها . والقواعد التى تضمنها المشروع فى هذا الشأن ليس فيها خروج على القواعد العامة ولا مساس بالتنظيم الادارى « (١) » .

وهذا الرد أكبر دليل على عدم انسجام هذه المواد فى المجموعة المدنية فى الوقت الحاضر : فاذا كان للاعتبارات التى أوردها الأعمال التحضيرية محل حين اصدار المجموعة المدنية، لأن القضاء العادى كان يختص بالنظر فى جميع المنازعات المتعلقة بالمعقود الادارية ، فان الاعتراض الذى أبدى فى مجلس الشيوخ كان أبعد نظرا ، اذ لم يلبث القضاء الادارى المصرى أن أصبح مختصا دون غيره بالفصل فى المنازعات المتعلقة بمعقود الالتزام أو بأى عقد ادارى آخر . والمسلم به - وفقا للنظرة الفرنسية - أن القضاء الادارى غير ملائم باحترام القواعد الواردة فى القانون المدنى ، الا بالقدر الذى تعتبر فيه تلك القواعد مجرد تطبيق للمبادئ العامة التى لا تتعارض مع الأسس التى يقوم عليها القانون الادارى على التفصيل السابق .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، الجزء الخامس ص ٦٨ وما بعدها .

ومن ناحية أخرى فإن المواد التي أوردتها القانون المدني لا جديد فيها : فالمادة ٦٦٨ تعرف عقد الامتياز . والمسلم به أن التعريفات هي عمل الفقيه لا عمل المشرع . والمادة ٦٦٩ تقرر أن أداء الخدمة يجب أن يتم وفقا للشروط الواردة في عقد الامتياز . وهذا لا جديد فيه كما سنرى . لأن هذه الشروط باعتراف الأعمال التحضيرية « ملزمة للمفرد أو الشركة التي يعهد إليها باستغلال المرفق العام كما هي ملزمة للملاء » . وأن الاحترام الواجب لهذه الشروط إنما يرجع الى مالها من طبيعة اللائحة الادارية « . أما المادة ٦٧٠ فانها تطبيق لقاعدة مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة ، وهي احدى القواعد الضابطة لسير المرافق العامة . وكذلك الشأن بالنسبة الى المادة ٦٧٢ والخاصة بالخطأ في تطبيق تعريفه الأسعار . وتعتبر المادة ٦٧١ تطبيقا لقاعدة قابلية المرافق العامة للتغيير والتعديل ، لأنها تخول الادارة الحق في اعادة النظر في قوائم الأسعار . وأخيرا فإن المادة ٦٧٣ ، اذ حتمت على الملتزم أن يتحمل ما يلزم أدوات المرافق من عطل أو خلل الا فى حالة القوة القاهرة ، فانها تعتبر تطبيقا لأولى المبادئ الضابطة لسير المرافق العامة ، وهي قاعدة سير المرفق العام بانتظام واطراد .

ومن ثم فإن المجموعة المدنية لم تقتصر على جانب مدنى الصيغة كما ورد بالأعمال التحضيرية ، وإنما تناولت أحكاما ادارية ، بدليل أن المبادئ التى وردت فى المجموعة المدنية ، يطبقها القضاء الادارى دون حاجة الى نص ، مما يقطع بصفتها الادارية .

حقيقة إن المنتفعين كثيرا ما يتلقون الخدمة عن طريق عقد خاص بينهم وبين الملتزم ، وأن هذا العقد على الراجح فى القضاء الفرنسى هو عقد مدنى ، ويخضع بالتالى لاختصاصه المحاكم القضائية . ومع ذلك فإن هذا العقد المدنى وثيق الصلة بمقد الالتزام ، ذلك أن الشروط التى ترد به ، يجب أن تكون فى نطاق الاتفاقات والبنود التى يحتويها عقد الالتزام ، فلا يجوز للملتزم والمنتفعين أن يتفقوا

على خلاف تلك الشروط • وسوف نرى أثر ذلك فيما يتعلق بقواعد الاختصاص •

ونكتفى بهذه الأحكام المميزة لعقد الالتزام ، محيلين فى باقى الأحكام الى النظرية العامة للعقود الادارية والتي يشترك فيها عقد الامتياز مع باقى العقود الادارية •

الفصل الثاني

عقد الأشغال العامة^(١)

١ - يمكن تعريف عقد الأشغال العامة «Le marché de travaux publics» بأنه عبارة عن اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوى عام ، وبقصد تحقيق منفعة عامة ، في نظير المقابل المتفق عليه ، ووفقا للشروط الواردة بالعقد .

وقد عرفته محكمة القضاء الإدارى تعريفا مقاربا في حكمها الصادر في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ حيث تقول^(٢) : « ... ومن حيث ان عقد الأشغال العامة هو عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام ، وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عمار لحساب هذا الشخص المعنوى العام ، وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد » .
وبتطبيق التعريف على موضوع الدعوى قالت « ... ومن حيث ان العقد موضوع الدعوى هو عقد من عقود الأشغال العامة طبقا للتعريف سالف الذكر ، وقد أبرم لحساب شخص معنوى هو وزارة الشؤون البلدية والقروية (مصلحة المجارى) وموضوعه عمار مخصص لمرفق عام والغرض منه تحقيق منفعة عامة وهى حفر بئر

(١) تراجع رسالة الدكتور فؤاد العطار التى سبقت الاشارة اليها وهى بالفرنسية كما سبق أن ذكرنا .

(٢) القضية رقم ٢٨٤ لسنة ٨ قضائية ، السيد فتحى عباس الغبارى ضد وزارة الشؤون البلدية والقروية ومصلحة المجارى ، س ١١ ، ص ١٠٤ .

هذا وقد عرفه قسم الرأى مجتمعاً فى فتواه رقم ٣٦٩ بتاريخ ١٦/١٢/١٩٤٩ بأنه « عقد يتعهد بمقتضاه مقاول للحكومة بأن يقوم بتنفيذ عمل معين تحت مسؤوليته وبإشرافها ، مقابل مبلغ نقدى يدفع اليه حسب الأسس الموضحة بالتعاقد . والمنعصران الأساسيان فى عقد المقاوله هما قيام المقاول بإنشاء «Construction» العمل المتفق عليه ، دون أن يكون له حق استغلاله «Exploitation» وقيام الإدارة بدفع المبلغ النقدى للمقاول » .

مجموعة أبو شاذى ، ص ٩٧ .

ارتوازي لتزويد أهالي المنطقة بالمياه العذبة الصالحة للشرب ، ومن ثم فتختص محكمة القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات القائمة بشأنه » • ويجرى مجلس الدولة الفرنسى على أن عقد الأشغال العامة هو عقد ادارى باستمرار • وهذا هو المستفاد من نصوص القوانين الثلاثة التى نظمت اختصاص القضاء الادارى بالمنازعات المتعلقة بالعقود الادارية فى مصر ، وقد سبق أن أوردناها (قوانين ١٩٥٥ و ١٩٥٩ و ١٩٧٢) •

٢ - على أنه لكى يكون ثمة أشغال عامة فى نظر القضاء الادارى الفرنسى - وهو ما يستفاد أيضا من تعريف محكمة القضاء الادارى لمقد الأشغال العامة والذى أوردناه فيما سبق - يجب توافر العناصر الآتية :

أولا - يجب أن ينصب موضوع العقد على عقار : فكل اتفاق يكون موضوعه منقولات مملوكة للادارة ، ولو كانت تندرج فى أموال الدومين العام ، لا يمكن اعتباره من عقود الأشغال العامة ، حتى ولو اعتبر ذلك العقد اداريا ، ومهما كانت ضخامة المنقول • وعلى هذا الأساس لم يعتبر القضاء الادارى عقودا من عقود الأشغال العامة الاتفاقات التى يكون محلها اعداد أو بناء أو ترميم سفينة أو حظيرة متحركة للطائرات (١) •

وعلى العكس من ذلك ، يعتبر العقد من عقود الأشغال العامة اذا تناولت الأشغال عقارا بالتخصيص «Les immeubles par destination» كاقامة خطوط تليفونية ومد أسلاك تحت الماء (٢) • واذا كان المعنى الأصيل للأشغال العامة يتناول أساسا أعمال البناء والترميم كبناء دور المصالح العامة والخزانات ، واقامة المسور والسدود وحفر الترع

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٧ يونيو سنة ١٩٣٨ فى قضية «Le Tournir»
«lignes téléphoniques, câble sous-marins» • ٦ - القسم الثالث ص ٦
سبرى سنة ١٩٢٩
(٢) حكم المجلس الصادر فى ٤ يونيو سنة ١٩٢٧ فى قضية «Cie fr. des câbles télégraphiques»
المجموعة ص ٥٥٧ وحكمه فى ٢١ يناير سنة ١٩٢٧ فى قضية «Cie Générale des eaux»
دالوز سنة ١٩٢٨ القسم الثالث ص ٥٧ مع تقرير «Blacvoets» •

أو ردمها ٠٠٠ الخ ، فان قضاء مجلس الدولة الفرنسى قد توسع فى فكرة الأشغال العامة فأدخل فيها كافة الأعمال المتعلقة بالصيانة ، ومثال ذلك التنظيف والكنس والرش فى الطرق العامة^(١) ، ونقل المواد اللازمة لتنفيذ العمل^(٢) .

ثانيا - يجب أن يتم العمل لحساب شخص معنوى عام : «Pour le compte d'une personne publique» وهذا مفهوم فى حالة كون العقار محل الاتفاق مملوكا لشخص عام اقليمى أو مصلحى . ولكن ليس من الضروري - وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى الحديث - أن يكون العقار ، محل الشغل ، مملوكا لشخص معنوى عام ، بل يكفى أن يتم العمل « لحساب » شخص معنوى عام ، ولو كان محله عقارا خاصاً . ويعتبر المجلس أن العمل قد تم لحساب شخص معنوى عام فى هذه الحالة اذا كان للشخص المعنوى العام اشراف مباشر ودقيق على الأعمال موضوع العمل . أو كان مصير العقار أن يؤول الى الشخص المعنوى العام فى نهاية مدة معينة^(٣) .

ثالثا - يجب أن يكون الغرض من الأشغال موضوع العقد تحقيق نفع عام : «un but d'utilité générale» وقد كان هذا العنصر أكثر عناصر الأشغال العامة تطورا فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى . فقد ارتبطت فكرة الأشغال العامة فى أول الأمر بفكرة الدومين العام فاقتصرت الأشغال العامة على الأعمال التى تتم على عقارات تدخل فى نطاق الدومين العام ، بحيث لو تمت الأشغال على عقار يدخل فى نطاق الدومين الخاص لما اعتبر العقد اداريا . ولكن القضاء الادارى مرعان ما فصل بين الفكرتين . وتوجت هذا الاتجاه محكمة

(١) حكم المجلس الصادر فى ٩ فبراير سنة ١٩٣٤ فى قضية «Mabille» سرى سنة ١٩٣٤ القسم الثالث ص ٣٣ .
(٢) حكمه الصادر فى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٥ فى قضية «Quignard» المجموعة ص ٦٢٧ .

(٣) حكمه الصادر فى ٢٢ يونيو سنة ١٩٢٨ فى قضية «Signaux» مجلة القانون العام سنة ١٩٢٨ ص ٥٢٥ ودالوز سنة ١٩٢٨ القسم الثالث ص ١١٣ مع تعليق هوريو ، ومطول أندريه دى لوبادير طبعة سنة ١٩٥٣ ، ص ٨٢٢ وما بعدها .

التنازع في حكمها الصادر في ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٢ في قضية «Préfet des Bouches-Rhones»^(١) حيث تقول : « وحيث ان الضرر المدعى به يرجع الى اهمال في صيانة دار القضاء في مدينة ٠٠٠ وهي مخصصة كلها لمرفق العدالة ، وبالتالي لتحقيق مصلحة عامة ، ومن ثم فان الدعوى تدخل في اختصاص المجلس الاقليمي باعتبارها متعلقة بتنفيذ أو عدم تنفيذ أشغال عامة دون حاجة للبحث فيما اذا كان المبني يدخل في نطاق الأموال العامة أو الخاصة ، لاستقلال فكرة الأشغال العامة عن الأموال العامة » .

ولقد ارتبطت فكرة الأشغال العامة أيضا بالمرفق العام ، فاعتبرت أشغالا عامة تلك التي تتم على عقارات مخصصة لمرفق عام ، ولو كانت غير مملوكة للإدارة أو داخلية في نطاق الدومين الخاص . ولكن المجلس فصل أيضا بين فكرة الأشغال العامة والمرفق العام ، فاعترف بصفة الأشغال العامة ، لأعمال تمت على عقارات غير مخصصة لمرفق عامة ، وكان ذلك في حكمه الهام الصادر في ١٠ يناير سنة ١٩٢١ في قضية «Commune de Monségur»^(٢) وكان ذلك بالنسبة للأشغال التي تتم على عقارات مخصصة للعبادة ، والتي لا تعد من المرافق العامة وفقا لقانون ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٥ . كما أن كون العقار مخصصا لمرفق عام ، لا يستتبع بالضرورة أن تكتسب الأشغال التي تتم عليه صفة الأشغال العامة^(٣) .

وهكذا كما انفصلت فكرة الأشغال العامة عن الأموال العامة ، انفصلت أيضا عن فكرة المرفق العام ، وأصبح يكفي أن تستهدف الإدارة من ورائها مصلحة عامة ما ، مع تحقق الشرطين السابقين .

(١) مجموعة سبرى سنة ١٩٤٥ ، القسم الثالث ص ١٠ .

«La notion de travail public étant indépendant de la domanialité

(٢) مجموعة سبرى سنة ١٩٢١ ، القسم الثالث ص ٥٠ مع تقرير المفوض «Corneilles» وتعليق هوريو .

(٣) حكم المجلس الصادر في ١٣ فبراير سنة ١٩٤٤ في قضية «Cne de Sarlat et Sec. La mutuelle générale Française» ويتعلق بكنيسة قديمة مؤجرة لمصلحة البريد .

ومما تجدر الإشارة اليه أن مجلس الدولة الفرنسي لا يعتبر المصلحة المالية للإدارة «L'intérêt financier de l'administration» من المصالح العامة التي تسبغ على الأشغال الصفة العامة . فإذا ما استهدفت الإدارة أغراضا عدة من بينها المصلحة المالية ، فإن المعول عليه في هذا الخصوص هو الباعث الرئيسي . بمعنى أن الإدارة إذا استهدفت تحقيق نفع عام ، فإن المقدر يعتبر عقد أشغال عامة ولو حقق بالتبعية مصلحة مالية للإدارة ، والعكس . وعلى هذا الأساس اعتبر القضاء الإداري الفرنسي أشغالا عامة تلك التي تستهدف بناء مساكن شعبية بقصد اسكان العمال^(١) ، وتشبيد مبنى لمعرض تجاري^(٢) .

٣ - يتجلى من العرض السابق أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي لا يفتأ يضيف توسعه على فكرة الأشغال العامة ، بل انه ألحق بعقد الأشغال العامة اتفاقات أخرى قد تكون علاقتها ضعيفة مع فكرة الأشغال العامة بمعناها الفني . وفيما يلي نعرض لصور بعض هذه الاتفاقات :

أولا - الاتفاق على توريد مواد «fournitures de matériaux» : إذا اقتصر دور المتعاقد على مجرد توريد المواد دون أن يشارك في تنفيذ الأشغال العامة ، فإن مجلس الدولة الفرنسي مستقر على أن مثل هذا الاتفاق لا يمكن أن يعتبر إداريا لمجرد اتصاله بالأشغال العامة ، بل يعتبر إداريا أو من عقود القانون الخاص وفقا لخصائصه الذاتية ، وطبقا للمعيار العام في هذا الصدد^(٣) .

ثانيا - الاتفاق على نقل مواد : وهنا يجرى مجلس الدولة

(١) حكمه في ١٨ فبراير سنة ١٩٤٦ في قضية «Gautier» المجموعة ص ٥٠ .

(٢) حكمه في ٢١ مارس سنة ١٩٢٠ في قضية «Perole» المجموعة ص ٣٢٢ .

(٣) قضاء مستقر لمجلس الدولة الفرنسي ، راجع على سبيل المثال حكمه الصادر في ٣١ يوليو سنة ١٩١٢ في قضية «Sté des granits des Vosges» المجموعة ص ٩١٢ مع تقرير المفوض ليون بلوم ، وتتعلق بتوريد أحجار لرسف شوارع .
(م ٩ العقود الإدارية)

الفرنسى على اعتبار هذا الاتفاق وثيق الصلة بالأشغال العامة ، ومن ثم يمتدحه اداريا لهذا السبب^(١) .

ثالثا - عقد ايجار الخدمات (العمل) «Louages de services»
يضمنى القضاء الادارى صفة الأشغال العامة على الاتفاقات التى تبرمها الادارة مع بعض المهندسين بقصد رقابة الأعمال وتوجيهها أثناء التنفيذ^(٢) .

رابعا - الاتفاق على تقديم مساعدة مالية أو عينية بقصد المساعدة على انجاز الاشغال العامة :
«Aide financière ou en nature pour la réalisation d'un travail public»

ذهب القضاء الادارى فى فرنسا فى كثير من الحالات الى اعتبار هذه الاتفاقيات من قبيل عقود القانون الخاص ما لم تتضمن بطبيعتها شروطا غير مألوفة . ومن هذا القبيل عقد القرض الذى تبرمه البلدية بقصد التمكّن من انجاز أشغال عامة تدخل فى اختصاصها^(٣) . ومع ذلك فان القضاء الادارى الفرنسى جرى باستمرار - وما يزال - على اعتبار عقد تقديم للمعاونة من قبيل العقود الادارية لصلته الوثيقة بمقد الأشغال العامة . ونظرا لأهمية هذا العقد الأخير فأننا نعرض له بشيء من التفصيل فيما بعد .

خامسا - على أن أكبر تطور يقدمه الفقهاء فى هذا المجال ، ينحصر فيما قرره القضاء الادارى الفرنسى من اضافة صفة عقد الأشغال العامة على عقود تبرم بين شخصين من أشخاص القانون

(١) حكمه فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٠ فى قضية «Meunier» دالوز سنة ١٩٣١ القسم الثالث ص ٢٩ مع تعليق «Mentsarrat» وفى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٥ فى قضية «Quignard» المجموعة ص ٦٢٧ .

(٢) حكم المجلس فى ٢ فبراير سنة ١٩١٩ فى قضية «Barillers» المجموعة ص ٢٢٢ ، وفى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٩ فى قضية «Al Tur» وفى ١٥ ديسمبر سنة ١١٥٠ فى قضية «Mathiot» المجموعة ص ٨١٢ .

(٣) حكمه فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٣ فى قضية «Cne de Joinville le-pont» دالوز سنة ١٩٤٣ ص ٧٤ ، وفى ١٨ يونيو سنة ١٩٤٨ فى قضية «Sté hydro électrique du Verdons» المجموعة ص ٢٧٨ .

الخاص . وأول الأحكام التي أعلنت هذا المبدأ ، هو حكم محكمة التنازع الشهير ، في قضية «Société entreprise peyrot» في ٨ يوليو سنة ١٩٦٣ ، ففي هذا الحكم اعترف القضاء ولاول مرة ، أن عقدا يبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص ، يمكن أن يندرج في نطاق العقود الادارية^(١) . وتأكد هذا التحول بصورة واضحة في حكمين لمجلس الدولة في ٣٠ مايو سنة ١٩٧٥ في قضية «Société d'équipement de la région montpelliéraine» وفي حكم التنازع الصادر في ٧ يوليو سنة ١٩٧٥ في قضية «Commune d'Agde» حيث اعترف صراحة بالصفة الادارية لعقود مبرمة بين شركات اقتصاد مختلط «Sociétés d'économie mixte» وبين مقاولين من القطاع الخاص ، في مجال اعداد البيئة ، وتزويد المناطق الحضرية بما يلزمها من مرافق^(٢) . وقد اعتمد مجلس الدولة على فكرة أن العقود قد أبرمت لحساب الوحدات الاقليمية العامة^(٣) ، واعتمد القضاء الادارى في تبرير قضائية على عدة قرائن منها عودة الأشغال الى السلطات العامة بعد مدة معينة ، ومساهمة السلطات المحلية في نفقات تلك الأعمال ، وقد تأكد هذا القضاء في أحكام أخرى^(٤) .

وقد اختلف الفقه الفرنسى حول هذا التحول الجزئى ذى الطابع الثورى في مجال العقود الادارية «mini - revolution» والكثيرون منهم وقفوا موقفا متحفظا منه ، وطمحوا أن يظل هذا التحول في أضيق الحدود ، والا تعين اضعاف الطابع الادارى على جميع العقود

(١) وقد اطلق بعض الفقهاء على هذا الحكم أوصافا معبرة منها أنه يعتبر تحولا حاسما «tournant décisif» وأنه من قبيل الغرائب التاريخية «curiosité historique» راجع بحثا غير منشور ، ألقته الأستاذة «Jaqueline Morand» أستاذة القانون العام والعلوم السياسية ، بجامعة باريس ١٢ ، في أبريل سنة ١٩٨٢ .

(٢) «Dans le domaine de l'aménagement du territoire et de l'équipement urbain» .

(٣) «Pour le compte de la collectivité publiques» .

(٤) راجع حكمى مجلس الدولة الفرنسى الصادرين في ٣٠ يونيو سنة ١٩٧٦ في قضية «S.E.M. de la ville d'Aix-en-Provence» وفي ٧ يوليو سنة ١٩٧٦ في قضية «Société d'aménagement de la région de Rouen» .

ذات الصلة بالأشغال العامة ، وهو الأثر الذى لم يقرره مجلس لدولة
الفرنسى حتى الآن . وفى ختام هذه الملاحظة نقرر أن هذا القضاء
لا مقابل له فى مصر حتى الآن .

٤ - تلك هى الأحكام الرئيسية لعقد الأشغال العامة فى القضاء
الادارى الفرنسى . ولم يتج لمجلس الدولة المصرى حتى الآن أن
يفصل أحكام عقد الأشغال العامة ، نظرا لحدائته اختصاصه فى هذا
الصدد . فهو قد عرف الأشغال العامة تعريفا سبق أن أوردناه ،
وهو يفتى - كما رأينا - المخطوط الرئيسية لعقد الأشغال العامة
فى فرنسا . كما أن محكمة القضاء الادارى حاولت أن تفصل فى
بعض أحكامها القديمة الخصائص المميزة لعقد الأشغال العامة ، فهى
فى حكمها الصادر فى ٢٠ يوليو سنة ١٩٥٠ تقول : « ان مقاولات
الأشغال العامة التى تطرحها الحكومة فى مناقصات عامة لها طابعها
الخاص ، اذ هى تتناول مرافق الدولة العامة ، والأموال التى تنفق
فيها أموال عامة . ولذلك فانها تحاط بسياس من الضمانات التى
تكفل حسن سير العمل واختيار من يقوم به لانجازه فى الوقت الممين
وبأقل نفقة . وقد وضعت من أجل ذلك كراسات النصوص
والشروط العمومية التى يخضع لها المقاول . . . تستهدف جميعها
الصالح العام وتضفى على العقد طابعا يجعله عملا من أعمال الادارة
يهدف الى حسن سير المرفق العام ، ويخضع لقواعد خاصة ، كما أنها
تجعل من المقاول صفة من يتعاون على حسن سير هذا المرفق :
« un collaborateur au fonctionnement du service public » (١) وهذا

الحكم كما هو واضح يربط عقد الأشغال العامة بفكرة المرفق العام ،
وان كان قد أشار الى فكرة الصالح العام . وفى حكم للمجلس صادر
فى ٦ مارس سنة ١٩٥١ ، قرر أن العقد المبرم بين الحكومة وبين
المدعين بشأن ردم البرك ببعض القرى يعتبر عقد أشغال عامة (٢) .
كما رأينا أنه اعتبر من قبيل الأشغال العامة الاتفاق على حسن الآبار

(١) السنة الرابعة ص ٩٠٦ .

(٢) السنة الخامسة ص ٦٩ .

الارتوازية لتزويد الأهلين بالماء الصالح للشرب وإنشاء ثلاثة كبارى
لحساب وزارة الأشغال العمومية (حكم المجلس فى ٩ ديسمبر سنة
١٩٥٦ القضية رقم ٤٢٨٥ لسنة ٩ قضائية) •

ومن ثم فإنه يكون من السابق لأوانه أن نرسم فكرة كاملة لعقد
الأشغال العامة وفقا لقضاء مجلس الدولة المصرى لندرة الأحكام
فى هذا الصدد •

هذا وقد ربطت بعض فتاوى المجلس القديمة بين عقد الأشغال ،
وعقد المقاولة فى القانون المدنى • فقد جاء فى فتوى إدارة الرأى
رقم ٨٧٦ الصادرة فى ٢٨/٥/١٩٥٠ بخصوص عقد الأشغال ما يلى :
« عقد الأشغال العمومية ، هو عقد مقاولة أشغال عمومية • (وعقد
المقاولة كما عرفته المادة ٦٤٦ من القانون المدنى الجديد عقد يتعهد
بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدى عملا لقاء آخر يتعهد
به المتعاقد الآخر • وفكرة الأشغال العمومية متصلة اتصالا وثيقا
بالمقاررات • فقيام المتعهد أو المقاول ببناء أو ترميم أو صيانة مبنى
أو منشآت ثابتة لحساب إحدى الجهات الادارية مقابل أجر متفق عليه
هو عقد أشغال عمومية ، وقيام شركة مساهمة مقابل مبلغ متفق
عليه بإنشاء خزان أو كوبرى أو مصرف أو ترعة هو أشغال عمومية •
ولكن اتفاق الحكومة مع شركة ما على بناء سفينة لا يعتبر من الأشغال
العامة بل هو عقد مقاولة موضوعه منقول لاعقار ٠٠٠ » (١) ونجد
فى هذه الفتوى صدق الأخذ فى مجال العقود الادارية بالقواعد
المدنية ، وهو اتجاه سبق أن ناقشناه •

الفصل الثالث

عقد التوريد والنقل

وقد جمعنا بينهما تحت عنوان واحد ، لأن مجلس الدولة الفرنسى يطبق عليهما ذات الأحكام ، اذ يعتبر عقد النقل نوعا من التوريد . وهذان العقدان - على عكس عقود الامتياز والأشغال العامة - لا يعتبرهما القضاء الادارى عقودا ادارية باستمرار ، بل من الممكن أن يكونا من طبيعة ادارية أو خاصة وفقا لما يتضمنانه من أحكام . ونعرض فيما يلى للتعريف بكل منهما باختصار :

الفرع الأول

عقد التوريد

١ - عقد التوريد « Le marché de fournitures » هو كما عرفته محكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢ « اتفاق بين شخص معنوى من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوى لازمة لمرافق عام مقابل ثمن معين » ثم قارنت بينه وبين الاستيلاء على المنقولات المملوكة للأفراد بقولها : « وهو يختلف عن الاستيلاء فى أن المورد فى العقد الادارى يسلم المنقولات المتعاقد عليها برضائه دون أن يكون مضطرا الى ذلك ، بينما الاستيلاء إنما يكون بمقتضى قرار ادارى بأن يسلم المورد المنقولات المطلوبة بهذا القرار جبرا » (١) .

فموضوع عقد التوريد هو باستمرار أشياء منقولة ، كالبضائع أو مواد التموين أو الفحم أو السفن أو المواد الحربية المختلفة ...

الخ . ولا يمكن أن يكون محله العمل في عقار بطبيعته أو بالتخصيص
والا أصبح عقد أشغال عامة كما ذكرنا .

٢ - ومع عقود التوريد التي اعترف لها القضاء الإداري المصري
بالصفة الإدارية ، الاتفاق على توريد شعير ، وتوريد بطاطين^(١)
والتصريح للأفراد باستيراد بعض صفقات من الصفيح بشروط
معينة^(٢) ، وتوريد كميات من الدقيق لوزارة التموين^(٣) ، وتوريد
بوابات معينة^(٤) . الخ .

ولقد كانت محكمة القضاء الإداري المصرية تعتمد في أول
الأمر في الكشف عن طبيعة عقد التوريد ، على مدى صلة العقد
بالمرفق العام . ومن ذلك على سبيل المثال حكمها الصادر في ٢
ديسمبر سنة ١٩٥٢ حيث تقول : « ومن حيث ان الوزارة عندما
عرضت شراء الشعير من المدعين بالثمن والشروط والمواصفات التي
قررتها ، انما قصدت تخصيصه لنشاط مرفق التموين طبقا لما هو
واضح من المستندات المودعة في الدعوى ، ومتى كان المدعون قد

(١) حكم المجلس الصادر في ٤ مارس سنة ١٩٥٢ ، مجموعة أحكام المجلس ،
السنة السادسة ص ٦٠٤ ، وقد جاء فيه : « ... ومن حيث أنه لا جدال في أن
العقد المبرم بين الحكومة والمدعى بشأن توريد بطاطين يعد من عقود التوريد وكل
نزاع يترتب على هذا العقد من أول تكوينه الى آخر نتيجة في تصفية كافة العلاقات
والحقوق والالتزامات التي نشأت عنه يدخل في اختصاص هذه المحكمة » .

(٢) حكم المجلس الصادر في ٨ يونيو سنة ١٩٥٤ ، السنة الثالثة ص ١٥٥١ وقد
جاء فيه : « ... ان الاستفادة مما تم من اجراءات في شأن صفقات الصفيح ان
عمليات الاستيراد تتمخض في الواقع عن عقد توريد ، فبناصر العقد قد توافرت من
حيث السلع ومواصفاتها وأسماؤها . ولقد كان ذلك الأمر معلوما للطرفين بادىء
ذئ بدى ، فكانت الشركة تعلم قبل الاذن بالاستيراد أنها ليست حرة التصرف فيما
تستورده ، وانما هي تستورد لحساب الحكومة ، وكانت الحكومة بدورها تعمل على
الاستيراد وتشجيع عليه لعلها أن مآل الصفقات جميعها اليها ولذلك لم تأذن
الا باستيراد ما يتفق وحاجات البلاد » .

(٣) حكم المجلس الصادر في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ ، القضية رقم ١٦٠٩
لسنة ١٠ ق ، وزارة التموين ضد السيد محمد محمد خليل .

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٤ يناير سنة ١٩٥٩ ، السنتان ١٢
و ١٣ ص ١٦١ .

قابلوا ايجابها بقبول فيكون قد انعقد بذلك عقد ادارى لا عقد مدنى» (١) .

اما الآن فان المحكمة تحرص على ابراز الشرط الثالث والهام ، وهو احتواء العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة . ومن ذلك قولها فى حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (وقد سبقت الاشارة اليه) « . . . ومن حيث ان هذه المنازعة خاصة بمقد توريد ، وهو من العقود الادارية التى لا تخضع لأحكام القانون الخاص ، وانما يفصل فيها على مقتضى مبادئ القانون العام فى شأن العقود الادارية ، ولما كانت هذه العقود تختلف عن العقود المدنية فى انها تستهدف مصلحة عامة فى تسيير المرافق العامة . . . فانه من أجل تحقيق هذا الهدف خولت جهة الادارة سلطات استثنائية ، وحق تطبيق قواعد غير مألوفة فى عقود القانون الخاص بقصد الوفاء بحاجة المرافق العامة . . . وهى أبرز الخصائص التى تميز نظام العقود الادارية عن نظام العقود المدنية . . . » .

ولقد وجدنا حكما لمحكمة القضاء الادارى صادرا فى ١٧ مارس سنة ١٩٥٧ (٢) (القضية رقم ١٨٢٧ لسنة ١٠ قضائية) قد يوحى ظاهره بأن عقد التوريد ، هو عقد ادارى باستمرار . فقد جاء فى ذلك الحكم ما يلى : « ومن حيث ان المادة الماشرة من القانون الرقيم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ قد نصت على أن يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى دون غيره فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأى عقد ادارى آخر فعقد التوريد من 'لعقود الادارية المسماة بمقتضى القانون' ، وهو اتفاق بين شخص معنوى من أشخاص القانون العام ، وبين فرد أو شركة يتعهد بمقتضاء هذا الفرد أو تلك الشركة بتوريد أشياء معينة للشخص المعنوى لازمة لمرافق عام ، مقابل ثمن معين ، وهذه العناصر كلها متوافرة فى عقد توريد الشحير المبرم . . . بين مجلس بلدى قويسنا والمدعى عليه . . . »

(١) سبقت الاشارة اليه .

(٢) مجلس بلدى قويسنا ضد السيد سلامة فهمى فانوس .

ونعتقد أن محكمة القضاء الإداري لا يمكن أن تكون قد ذهبت إلى أن عقد التوريد هو عقد إداري بتحديد القانون للنص عليه صراحة في المادة العاشرة ، فقد سبق أن ذكرنا أن العقود الإدارية في مصر هي عقود إدارية بطبيعتها ولخصائصها الذاتية لا بتحديد المشرع . وعقد التوريد هو من العقود التي قد تكون إدارية أو مدنية وفقا لخصائصها الذاتية ، ولهذا حرص المشرع في قانون سنة ١٩٤٩ على أن يقصر اختصاص محكمة القضاء الإداري على الفصل في المنازعات التي تتعلق بعقود التوريد الإدارية ، فاستبعد من اختصاص المحكمة المنازعات المتعلقة بعقود التوريد غير الإدارية . أما المادة العاشرة من القانون المشار إليه فقد ذكرت العقود الثلاثة السابقة على سبيل التمثيل . ونهاية المادة صريحة في أن مناط اختصاص القضاء الإداري هو كون العقد إداريا . وإذا كانت عقود الامتياز والأشغال العامة ، هي عقود إدارية باستمرار وفقا لخصائصها الذاتية ، فإن هذا ليس الشأن في عقد التوريد ، إذ يجب أن يشتمل ذلك العقد على العناصر الثلاثة السابقة لكي يكون إداريا .

٣ - وقد يختلط عقد التوريد بعقد آخر ، فيسرى على كل من المقدين نظامه القانوني . ونجد مثالا لذلك في حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٩/١/٢٥ (النشرة المؤقتة ص ١٣٩) حيث تقرر المحكمة أن مثار المنازعة انصب كله على اصلاح الدراجات البخارية والموتوسيكلات ، وعلى توريد وتركيب ما يلزم لها من قطع غيار جديدة وصاج وأخشاب ومشمع ومقابض وما إلى ذلك ، واستكمال الفوانيس والاشارات الحمراء . ولما كان التوريد في هذا العقد ينصب على أشياء ذات شأن محسوس من حيث قيمته وأهميته بجانب العمل ، فإن العقد بهذه المثابة ينطوي على مزيج من مقاوله الأعمال والتوريد ، وتقع المقاوله على أعمال الاصلاح وينطبق أحكامه عليه ، ويقع التوريد على المواد وتسرى أحكامه فيما يتعلق به .

٤ - وتتخذ عقود التوريد في العمل صوراً مختلفة ، من أشهرها في قضاء مجلس الدولة الفرنسي التمييز بين أن يقتصر التوريد على

مرة واحدة ، ويطلقون على العقد فى هذه الحالة تسمية «marché de livraison» وبين أن يتم التوريد على دفعات متعددة : ويسمون العقد فى هذه الحالة «marché de fournitures multiples et successives» : ويذهب القضاء الفرنسى عادة الى أن العقد الأول هو من عقود القانون الخاص . أما الثانى ، فيكون من عقود القانون الخاص أو من عقود القانون العام . بل لقد ذهب بعض المفوضين الى حد أن جعلوا من التوجيه السابق قاعدة مطلقة^(١) . ولكن هذا التعميم يمييه الإطلاق ، لأن العقد الأول من الممكن أن يكون عقدا اداريا اذا ما احتوى على شروط العقود الادارية^(٢) . ويتفرع من عقد التوريد فى الوقت الحاضر ، بالنظر الى انتشار الصناعة ، عقود مقاربة أهمها :

عقود التوريد الصناعية «marchés de fabrication ou industriels»

فالعنصر الأساسى فى عقود التوريد العادية ، هو تسليم منقولات يتفق على مواصفاتها مقدما ، ويكون المتعاقد حرا فى المصدر الذى يحصل عليها منه . ولكن فى عقود التوريد الصناعية ، يقوم بجوار التسليم عنصر آخر هو عنصر صناعة البضائع المتفق على توريدها . ومن ثم يكون للإدارة حرية كبيرة فى التدخل أثناء اعداد تلك البضائع كما سنرى فيما بعد .

وعقود التحويل : «marchés de conversion ou de transformation»

فالدولة تسلم منقولات الى احدى الشركات لتحويلها الى مادة أخرى ، ثم يعاد تسليمها الى الدولة . وهذا الاتفاق كما هو واضح ، اتفاق مركب ، يعتبره القضاء الادارى الفرنسى عقد توريد وفقا لقاعدة وحدة الاتفاق التى أشرنا اليها فيما سلف ، اذا ما كانت فكرة التوريد

(١) تقرير ليون بلوم بمناسبة حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية «Granits des Vosges» وراجع تقرير المفوض كورناتى فى قضية «Fromassols» مجلة القانون العام سنة ١٩٢١ ص ٧٧ وقضية «Eclairage de Poissy» مجموعة سبرى سنة ١٩٢٤ ، القسم الثالث ص ٢ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٦ نوفمبر سنة ١٩١٢ فى قضية «Sté des forges Chantiers de la Méditerranée» المجموعة ص ١٠٤ .

هي المهيمنة على الاتفاق^(١) . ولكن المجلس يفصل بين العمليتين - التسليم والتحويل - اذا ما قامت كل عملية منهما مستقلة تماما عن الأخرى^(٢) . ونجد تطبيقا لهذه الحالة في حكم المحكمة لادارية العليا الصادر في ١٩٦٩/٢/١ (مجموعة المبادئ ، ص ١٩٤٧) حيث تعلن المحكمة أنه يجوز لجهة الادارة المتعاقدة أن تزود المتعهدين بالخمائم اللازمة لصناعة أى صنف ٠٠٠ وفي هذه الحالة يحاسب المتعهد على أجر تصنيع يقدر على أساس الفرق بين الصنف وفق أسعار كشوف الوحدة وثمان الخمائم الداخلة في صناعته . فاذا كانت تلك الأصناف مسفرة فيكون أساس الحساب هو سعره الرسمي .

الفرع الثاني

عقد النقل

١ - وعقد النقل «Le marché de transport» هو اتفاق بمقتضاه يتعهد فرد أو شركة بنقل أشياء منقولة للادارة أو بوضع سفينة تحت تصرفها . وقد يكون موضوع العقد مقصورا على مرة واحدة أو عدة مرات منتظمة . والأحكام القانونية لهذا العقد هي بذاتها أحكام عقد التوريد كما ذكرنا . ولا تختلف الا فيما يتعلق بموضوع كل منهما : فموضوع عقد النقل ، يتعلق بنقل أشياء منقولة ، أما موضوع الثاني فيقوم على توريد منقولات . كما أن كلا منهما يكون اداريا أو مدنيا وفقا لطبيعته الذاتية .

٢ - ويحدث في العمل أن يقوم خلط بين عقد النقل من ناحية ، وعقد الامتياز من ناحية أخرى ، اذا كان موضوع عقد الامتياز ينصب على نقل الأشياء ، كما في حالة امتياز نقل الخطابات بالسفن

(١) حكم المجلس الصادر في ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ في قضية «Talbot obiles» المجموعة ص ٨٦ .
«le des autom»

(٢) حكم المجلس في ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٤ في قضية «Poulet» المجموعة ص ٩٥٦ .

«Service postal maritime» • والغالب أن يكون ثمة عقد امتياز إذا كان النقل منتظما وبمقتضى رسم مقدر مقدما ، وكان مسموحا به للإدارة وللأفراد على السواء • ويكون عقد نقل إذا كان النقل مقصورا على مرة واحدة أو على مرات غير محددة مقدما ، وغير مسموح به للأفراد^(١) «Sans périodicité déterminé et sans accès du public»

٣ - وقضاء مجلس الدولة الفرنسى فى المنازعات المتعلقة بعقود النقل غنى ، لاسيما فيما يتعلق بالنقل بالسفن : وهو يعتبر عقبد النقل مدنيا ، اذا ما اقتصر صاحب السفينة على وضع سفينته تحت تصرف الادارة بذات الشروط المألوفة فى العقود التجارية ، ودون أن يتضمن العقد شروطا غير مألوفة ، أو أن ينحل صاحب السفينة التدخل مباشرة فى نشاط المرفق العام^(٢) • وعلى العكس من ذلك يصبح العقد اداريا اذا انطوى على شروط استثنائية وغير مألوفة^(٣) ، أو اذا ألزم صاحب السفينة بأن يتولى بنفسه وببهارته نقل الجنود ، فيساهم بذلك مباشرة فى تسيير المرفق العام^(٤) •

هذا وقد أعمل مجلس الدولة المصرى القواعد السابقة فى تحديد طبيعة عقد النقل المبرم بين الادارة وأحد الأفراد ، وكانت الادارة هى التى تمهدت بالنقل ، وذلك فى حكمه الصادر فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٧٧٩ لسنة ١٠ قضائية) حيث يقول : « ولما كان عقد النقل المبرم بين مصلحة البريد والمدعى لنقل طرود

(١) فالين ، مطوله فى القانون الادارى ، الطبعة السادسة ، ص ٥٦٦ ، وجيز مطوله فى القانون الادارى الجزء الأول ص ٤٩ •

(٢) قضاء مطرد ، حكم المجلس فى ١٨ يونيو سنة ١٩١٩ فى قضية «Cie des chargeurs français» المجموعة ص ٥٢٠ وحكم التنازع فى ٦ أبريل ١٩٤٦ فى قضية «Ste franco-tunisienne» المجموعة ص ٣٢٧ وفى ١٨ مايو سنة ١٩٥٤ فى قضية «Comptoir d'exportation» مجموعة (R.F.D.A.) سنة ١٩٥٤ رقم ٢٨٣ •

(٣) حكم المجلس فى ١٩ يونية سنة ١٩١٨ فى قضية «Ste des voiliers français» المجموعة ص ٥٩٧ قضاء مطرد •

(٤) حكم التنازع الصادر فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ فى قضية «Manon» المجموعة ص ٧٩٥ •

من مصر الى السودان ، والذي ينظم أسس المسؤولية في هذه الدعوى لا يندرج تحت المادة العاشرة من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ اذ لا تتوافر فيه مقومات العقد الادارى بحسب التعريف الذى حدده قضاء المحكمة على الوجه المتقدم (والذي أورده الحكم فى صدره) اذ ليس المقصود به تسيير مرفق عام وليس فى نصوصه شروط غير مألوفة فى القانون الخاص ، وانما هو عقد مبرم لتحقيق مصلحة فردية خاصة وهى نقل رسالة من مصر الى السودان فى مقابل أجر أو رسم ، فهو عقد من عقود القانون الخاص التى تخرج المنازعة بشأنها عن ولاية هذه المحكمة » .

الفصل الرابع

عقد تقديم المعاونة

١ - وعقد تقديم المعاونة «L'offre de concours» هو عقد بمقتضاه يلتزم شخص من أشخاص القانون الخاص أو العام بالمساهمة نقداً أو عينا في نفقات مرفق عام أو أشغال عامة . فقد يتقدم الى الادارة بمرض المساهمة فرد من الأفراد ، كمالك يمرض المساهمة في نفقات انشاء طريق يؤدي الى أملاكه ، أو شخص من أشخاص القانون العام كغرفة تجارية ، تمرض الاشتراك في نفقات انشاء محطة للسكة الحديد أو توسيع ميناء من الموانئ العامة . فاذا ما قبلت الادارة المرض ، انعقد بين الادارة ومن يتطوع بالمساهمة عقد ادارى هو عقد تقديم المعاونة .

٢ - والأصل أن يكون التطوع بالمساهمة اختياريا ولو جاء نتيجة طلب من الادارة ، أو باغراء من جانبها . ويستطيع من يتقدم بالمعاونة أن يسحب عرضه قبل أن تقبله الادارة . أما اذا قبلته فقد انتهى الأمر بالنسبة الى المتقدم ، وأصبح ملزما بمرضه . أما بالنسبة الى الادارة فالأصل أن عقد تقديم المعاونة لا يولد التزاما في جانبها ، فهي ليست ملزمة بالقيام بالمشروع الذى قدم المرض من أجله حتى ولو قبلت المرض صراحة ، بل تملك العدول عنه . واذا هي فعلت فانه لا يمكن مسئوليتها عن ذلك بناء على خطأ تعاقدى . وكل ما يملكه المتعاقد الآخر في هذه الحالة هو التحلل من التزامه بتقديم ما اتفق عليه . ولأجل هذا ، فقد رفض الفقيه جيز أن يعتبر تقديم المعاونة عقدا من العقود^(١) ، لأنه لا يولد التزامات في جانب الادارة . ولكن المسلم به في الوقت الحاضر هو عكس ما ذهب اليه جيز ، لأنه ليس من اللازم أن يولد العقد التزامات في جانب

(١) نطول جيز في القانون الادارى ، الجزء الثالث ص ٤٤٦ وما بعدها .

الطرفين فى جميع الحالات ، فمن العقود ما لا يرتب التزامات الا فى جانب واحد كما ذكرنا « C. unilateraux » ، وتلك هى طبيعة عقد تقديم المعاونة . ثم ان هذا العقد ، عند تنفيذه قد يرتب التزامات فى جانب الادارة ، وذلك اذا اقترنت المعاونة المقدمة بشروط مشروعة ، مثل تعليم بعض الناس بالمجان ، أو توريد خدمات معينة بالمجان لمن قدم المعاونة . فحينئذ تسأل الادارة اذا قصرت فى أداء تلك الخدمة مسئولية تماقدية^(١) .

٣ - وبهذا التكييف أخذت محكمة القضاء الادارى فى بعض احكامها المطولة ، ومنها حكمها الصادر فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ والذى جاء فيه بخصوص هذا العقد ما يلى : « ومن حيث ان العلائق القانونية التى قامت بين المدعين والحكومة مصدرها فى الحقيقة العقد الذى عرض فيه المدعون أن يلتزموا بالمساهمة فى نفقات انشاء مبنى المحكمتين الوطنية والشرعية عن طريق هبة قطعة الأرض ومبلغ من المال . وهذا العقد هو ما يسمونه فى فرنسا « L'offre de concours » أى عرض المساهمة فى نفقات مشروع ذى نفع عام ، وهو عقد ادارى يتمتع بمقتضاء شخص يرضائه واختياره بأن يشترك فى نفقات مشروع من مشروعات الأشغال العامة أو المرافق العامة ، وقد يصدر من أحد الأفراد كما فى حالة هذه الدعوى أو من أحد الأشخاص الاداريين كالهيئات الاقليمية أو المؤسسات العامة ، وقد يكون المتعهد ذا مصلحة فى تعهده أو غير ذى مصلحة فيه ، وقد يكون بموجز أو يتمخض تبرعا ، وقد يكون مبتدأ من تلقاء المتعهد أو مثارا من جانب الحكومة ، كما لو عرضت على احدى المدن انشاء مدرسة بها بشرط مساهمتها فى نفقاتها فساهمت فيها ، وقد تكون المساهمة بمبلغ من المال أو بشئ عيني كأرض أو غيرها ، وقد يكون التعهد منجزا وقد يكون مشروطا . ولكن مهما اختلفت صور هذا العقد وتباينت أو صافه ، فهو يقوم على المساهمة الاختيارية فى مشروع ذى نفع عام . ومن هنا تظهر خصيصة الأساسيتان : الأولى أنه عقد فيتميز بذلك

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى ، الصادر فى ١٨ نوفمبر سنة ١٨٩٢ ، وفى ٢٨ يوليو سنة ١٨٩٩ فى قضية « Gau-Beez »

عن الاستيلاء وعن نزع الملكية للمنفعة العامة اذ كلاهما يتم جبراً .
وفي الحق فالمعقد يتكون من عرض من جانب المتعهد يصادف قبولاً من
جانب الإدارة . والى أن يتم هذا القبول ، يجوز للمعارض سحب عرضه ،
فإذا تم يتلاقى القبول بالاجاب ، نشأ التزام على جانب المتعهد بأن
ينفذ تعهده بالمساهمة فى النفقات بحسب موضوعها ، وكان الالتزام
من جانبه وحده . وإذا كان العرض لا يتضمن سوى قيام الحكومة
بالمشروع ذى النفع العام ، اذ هى لا تلزم بتنفيذ هذا المشروع ان
ارتأت فى تقديرها ملائمة عدم تنفيذه ولا يكون ذلك منها عندئذ
خطأ تعاقدياً ، وغاية الأمر أن التعهد يسقط لأنه بطبيعته معلق على
شرط هو القيام بالمشروع . فان تخلف هذا الشرط سقط التعهد
تبعا . أما اذا اشترط المتعهد فى عرضه اشتراطات ثانوية كان تورد
الإدارة المياه أو النور الى منزله مجاناً ان عرض مساهمته فى نفقات
مشروع المياه أو النور فى المدينة ، وقامت الحكومة بتنفيذ المشروع
ذاته ، فانها تلتزم بتنفيذ هذه الاشتراطات القانونية . فان لم
تنفذها كان ذلك خطأ تعاقدياً من جانبها . والثانية هى أنه عقد
إدارى . ويترتب على ذلك أن العرض لا يسقط بوفاء المتعهد قبل قبول
الإدارة ، بل يجب على الورثة سحبه وذلك على خلاف الهبة المدنية التى
يسقط عرضها بوفاء الوهاب قبل قبولها من جانب الموهوب له بغير
حاجة الى سحبها من جانب ورثته ، وعلة التشدد فى العقد الإدارى هو
اتصاله بالمصلحة العامة . ويترتب على هذه الخصيصة أيضاً أنه يجوز
للإدارة أن تتحلل من قبولها للعرض اذا قدرت بعمد هذا القبول أنه
لا يتفق مع الصالح العام كما لو ظهر لها ان تنفيذ المشروع يكلفها
نفقات طائلة أو أنه عديم النفع أو لا يحقق الصالح العام على خير
الوجوه أو أن المشرع على وجه آخر أوفى بهذا الغرض ، كما يترتب
عليها أن المنازعات الناشئة عن هذا المعقد تعتبر منازعات إدارية
باعتبارها متفرعة عن عقد إدارى^(١) .

(١) السنة السادسة ، ص ٢١٤ .

وتأخذ المحكمة الادارية العليا بذات التعريف في أحكامها الحديثة - ومن ذلك على سبيل المثال حكمها الصادر في ١٥ مارس سنة ١٩٨٠ (الطعن رقم ٣ لسنة ٢٣ القضائية) حيث تقول : « عقد المساهمة في مشروع ذي نفع عام ، هو عقد ادارى يتعهد بموجبه شخص ، برضائه واختياره ، بالمساهمة نقدا أو عينا في مشروعات الأشغال العامة أو المرافق العامة ، وهو يتمتع بخصائص العقود الادارية التى تنأى عن القواعد المألوفة فى مجالات القانون الخاص » .

ومن ثم فلا يتقيد فى شأنه اذا تم على وجه التبرع بقواعد الهبة المقررة فى القانون المدنى ، وانما تنطبق قواعد باحتياجات المشروع العام وأسباب المصلحة العامة التى تستهدف المساهمة تحقيقها . . . ومن ثم لا وجه للنمى ببطالان العقد بدعوى عدم افراغه فى ورقة رسمية » (١) .

كما أنها فى حكمها الصادر فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٧١ (الطعن رقم ١٣٦٦ لسنة ٢٥ قضائية) تمود فتؤكد ذات الأحكام بصور أكثر تفصيلا ، حيث تقرر أن تقسيم أحد المواطنين قطعة أرض تبرعا مساهمة منه فى مشروع ذي نفع عام ، وقبول جهة الادارة وتسلمها الأرض ، هو « عقد يجمع مقومات عقد المساهمة فى مشروع ذي نفع عام وهو عقد ادارى يصعد بمقتضاه أحد الأشخاص ، برضائه واختياره ، بالمساهمة نقدا أو عينا فى نفقات مشروع من مشروعات الأشغال العامة أو المرافق العامة » وقد يكون المتعهد ذا مصلحة فى تعهده أو غير ذي مصلحة فيه - وقد يترتب التعهد بموض أو تبرعا ، وقد يكون تلقائيا من ذات المتبرع أو بطلب من جهة الادارة ، وقد يكون منجزا أو مشروطا - ومهما اختلفت صور هذا التعهد وتباينت أوضاعه ، فهو يقوم على المساهمة الاختيارية فى مشروع ذي نفع

(١) وفى الموضوع قررت المحكمة الادارية العليا أن عقد تقديم المعاونة الذى يلتزم أحد الأفراد بمقتضاه بتقديم قطعة أرض على سبيل التبرع اسهاما منه فى إحدى المشروعات ذات النفع العام ، لا يستلزم التقيد فيه بأوضاع الهبة المدنية وشكلياتها . ومن ثم لا تعتبر الرسمية شرطا فى صحته وسلامته قانونا .

عام ، فهو عقد ادارى وثيق الصلة بمقود الأشغال العامة ،
يمتاز بخصائص العقود الادارية ، التي تنأى عن القواعد المألوفة
فى مجالات القانون الخاص ، ومن ثم فلا يتقيد فى شأنه اذا تم على وجه
التبرع بقواعد الهبة المقررة فى القانون المدنى وبالتالي ينأى عن
أوضاع الهبة المدنية وشكلياتها ، وليست الرسمية شرطا فى صحته
أو سلامته للقول بفسخ العقد المذكور استنادا الى أن الجهة الادارية
عدلت عن السير فى انشاء مشروع النفع العام لمضى مدة طويلة
ولقيامها بتأجير الأرض محل التبرع ، ذلك أن العقد وقد قام سليما
منتجا لجميع اثاره ، فان مابقى بعد ذلك ، وهو تعيين المشروعات
التي ستقام على الأرض محل التبرع أو تحديد الوقت المناسب للسير
فى انشائها ، أمر تترخص فيه الجهة الادارية وفقا للاعتبارات التي
تقدها ، ومن بينها الاعتبارات المتعلقة بالميزانية ، بلا معقب عليها
من قبل المتبرع » .

٤ - هذا ويجرى مجلس الدولة الفرنسى على اعتبار عقد تقديم
المعاونة اداريا باستمرار اذا تعلق بتنفيذ أشغال عامة^(١) . ومرجع
ذلك الى أن القضاء الفرنسى يعتبر عقد الأشغال العامة اداريا
باستمرار ، ويعتبر عقد تقديم المعاونة اذا ما اتصل بأشغال عامة
من قبيل الأشغال العامة ، ويأخذ حكمها . أما اذا لم يتصل عقد
تقديم المعاونة بأشغال عامة ، بل بتنظيم مرفق عام «L'organisation
d'un service public» ، فان القضاء الادارى فى فرنسا لا يعتبره
عقدا اداريا بتحديد القانون كما هو الشأن فى الحالة السابقة ، بل
يكون اداريا أو مدنيا بحسب خصائصه الذاتية^(٢) .

(١) قضاء مستقر ، حكم المجلس الصادر فى ٩ مارس سنة ١٩٠٦ فى قضية
«Gau-Bose» المجموعة ص ٢٢٥ مع تقرير المفوض روميو وفى ٩ يونيو سنة ١٩٤٨
فى قضية «Ville de Digne» المجموعة ص ٦٤١ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠٠ فى قضية «Leboncher»
المجموعة ص ٦٢٥ ، وفى ٨ يوليو سنة ١٩١٠ فى قضية «Gervais et Ponolle»
المجموعة ص ٥٨١ .

وينتقد بعض الفقهاء التفرقة السابقة ، على أساس أن عقد تقديم المعاونة هو عقد ادارى باستمرار^(١) .

ولما كانت فكرة العقود الادارية بتحديد القانون لا محل لها في مصر ، فان عقد تقديم المعاونة ، يكون عقدا اداريا بطبيعته وفقا للمعيار العام فى تمييز العقود الادارية .

(١) جيز ، مجلة القانون العام سنة ١٩٢٥ من ٦٠٣ وراجع مؤلف الفقيه «Gervais» وموضوعه : «les affires de concours» طبعة سنة ١٩٥٤ ، ص ٣٥ .

الفصل الخامس

عقد القرض العام

١ - وعقد القرض العام «Le contrat d'emprunt public» هو عقد بمقتضاه يقرض أحد الأفراد (أو البنوك) مبلغا من المال للدولة (أو لشخص معنوى آخر من أشخاص القانون العام) مقابل تمهدها بدفع فائدة سنوية محددة ، وبرد القرض وفقا للشروط في نهاية الأجل المحدد . والأصل أن يتم العقد برضاء الطرفين اختيارا . ومن ثم فإن الصفة التقديرية بالنسبة للقروض العامة تصبح محل شك في حالة القروض العامة الاجبارية لأنها تتم بإرادة السلطة العامة المنفردة . فالقروض العام الاجبارى ضريبة من حيث أنه مفروض على الأفراد فرضا لا اختيار فيه ، وإن كان يحتفظ بصفته كقرض من حيث ما يدره من فوائد (وإن تكن ضئيلة) وما يعطيه من حق (نظري في الغالب) في استرداد قيمته «^(١)» .

هذا وقروض الدولة في فرنسا هي مع العقود التي تدخل المنازعات بشأنها في اختصاص القضاء الإدارى بنص القانون . ومن ثم فإنها تعتبر إدارية بتحديد القانون . ولهذا فقد ذهب رأى إلى التمييز بين قروض الدولة وقروض غيرها من الأشخاص العامة ، وقصر الصفة الإدارية على الأولى دون الثانية . ولكن الرأى الحديث يسوى في هذا الصدد بين النوعين ، فيعتبر العقد فى المالتين إداريا أو مدنيا وفقا لطبيعته الذاتية^(٢) وإن كان الغالب أن قروض الدولة

(١) راجع ميزانية الدولة ، للدكتور محمد حلمى مراد ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٥ ، ص ١٨٥ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٥ فى قضية «Benoist» مجلة القانون العام سنة ١٩٣٦ ص ١١٢ ، وحكمه فى ٩ يناير سنة ١٩٥٢ فى قضية «Gény» المجموعة ص ١٩ . وفى ٥ يناير سنة ١٩٥٥ فى قضية «Cie française des carburants» مجلة الإدارة ، سنة ١٩٥٥ ص ٢٣ مع تعليق «Liet-Veaux» .

هي عقود ادارية - أما عقود الهيئات العامة الأخرى فانها تكون ادارية أو مدنية بحسب ما تحتوى عليه من شروط^(١) .

٢ - ولما كان القروض العام يؤدي الى تحميل الدولة بالتزامات مالية لآجال طويلة، وبشروط قد تكون مرهقة أوفي غير صالح الدولة، كما حدث في مصر في وقت من الأوقات ، فان القاعدة المسلم بها في معظم الدول النيابية تحتم موافقة البرلمان على القروض العامة ، فيصدر قانون يخول الدولة التعاقد بشروط معينة لا تستطيع الحكومة مخالفتها . وبهذا المعنى صيغت الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ من دستور سنة ١٩٢٣ اذ تقول : « لا يجوز عقد قرض عمومي ولا تعهد قد يترتب عليه انفاق مبالغ من الخزانة في سنة أو سنوات مقبلة الا بموافقة البرلمان » وقد وردت هذه الفقرة بحالتها ، مع تعديل طفيف في صياغتها ، تحت رقم ٩٦ من دستور سنة ١٩٥٦ اذ تقول : « لا يجوز للحكومة عقد قرض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه انفاق مبالغ من خزانة الدولة في سنة أو سنوات مقبلة الا بموافقة مجلس الأمة » ثم وردت هذه المادة حرفيا تحت رقم ٧٢ من دستور سنة ١٩٦٤ ، كما وردت في صياغة مقاربة برقم ١٢١ من دستور سنة ١٩٧١ حيث تقول : « لا يجوز للسلطة التنفيذية عقد قروض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه انفاق مبالغ من خزانة الدولة في فترة مقبلة الا بموافقة مجلس الشعب »^(٢) .

(١) حكم المجلس في ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٨ في قضية «De Lestraes» المجموعة ص ٣٨٧ وحكمه في ١٤ مايو سنة ١٩٤٣ في قضية «Cne de Joinville-le-Pont» :الوز سنة ١٩٤٣ ص ٧٤ .

(٢) الواقع أنه لا بد من انتظار التقاليد الدستورية الجديدة لمعرفة ما اذا كانت موافقة مجلس الشعب في المسالات التي يتطلب فيها الدستور تلك الموافقة تأخذ صورة القانون ، أو يكتفى بمجرد الموافقة التي لا تفرغ في شكل قانون . هذا وقد أبرزت فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري رقم ٢٦٣ الصادرة في ١٩٥٩/٤/٢١ (مجموعة أبو شادي ، ص ٤٧٧) حكمة موافقة البرلمان على القرض بقولها : « وحكمة هذه النصوص أن القرض التزام خطير بالغ الأثر في أموال الدولة ، وله ارتباط وثيق بمبدأ فرض الضرائب ، وذلك أن كل قرض عام يقتضي في الغالب فرض ضرائب لأدائه ، وكذلك الحكم بالنسبة الى الالتزامات التي يترتب عليها انفاق مبالغ من خزانة الدولة في سنة أو سنوات مقبلة ، فمثل هذه =

وضرورة موافقة البرلمان على عقد القرض العام ، سواء تمت هذه الموافقة في صورة قانون أو في غير صورة القانون ، لا يغير من طبيعة العقد بعد إبرامه ، فسيق صدور هذه الموافقة هو من إجراءات التعاقد ، كما أن موافقة البرلمان على عقد القرض ليس له صفة الالتزام ، بمعنى أن الحكومة تستطيع أن تعدل عن إبرام القرض إذا رأت أن المصلحة العامة في ذلك . وإذا كان من اللازم أن يصدر قانون بأجازة الاقتراض العام في كل حالة على حدة ، فإن المشرع قد يصدر قانونا بتحويل الإدارة حق الاقتراض في حدود معينة ، وطبقا لشروط محددة . ومن أوضح الأمثلة على ذلك القوانين المنظمة للإدارة المحلية في مصر ابتداء من القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٦٠ حتى القانون الحالي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ (المعدل) فالمادة ١٥ من هذا القانون الأخير تقضى بأنه « مع مراعاة عدم الإخلال بحكم المادة ١٢٩ من القرار بقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩^(١) ، يجوز للمجلس الشعبي المحلي للمحافظة - في حدود الحطة والموازنة المعتمدة - أن يقترض للقيام بمشروعات إنتاجية أو استثمارية لازمة للمحافظة أو للوحدات المحلية في نطاقها ، بشرط ألا يتجاوز حد الديونية ٤٠٪ من المجموع السنوي للإيرادات الذاتية للمحافظة أو للوحدة المحلية التي تنشأ فيها هذه المشروعات . ولا يجوز زيادة النسبة المشار إليها أو الاقتراض من جهة أجنبية إلا بموافقة رئيس مجلس الوزراء » . كما ورد النص على حق الوحدات المحلية الأخرى في المادة ٤٣ فقرة خامسة النسبة للمركز ، والمادة ٥١ فقرة حادى عشر بالنسبة للمدينة ، والمادة ٦٩ فقرة ٧ بالنسبة للقرية ، وقد جاءت الصياغة موحدة في جميع هذه الفقرات ، حيث تقول : « القروض التي

= الالتزامات تنطوي على معنى الاستدانة - ويجب إعمالا لمبدأ رقابة السلطة التشريعية في الشؤون المالية أن توافق هذه السلطة على تلك الالتزامات ، وذلك سواء ارتبطت الحكومة بنفسها مباشرة . أو كان الارتباط بطريق غير مباشر في حالة ارتباط بعض الهيئات العامة بمشروعات مستقلة تضمن الحكومة الوفاء بالتزاماتها » . (١) تقضى المادة المشار إليها بما يلي : « لا يجوز لوحدات الإدارة المحلية إبرام أى قرض أو الارتباط بأى مشروع غير وارد في الحطة أو الموازنة إذا كان يترتب عليه اتفاق مبالغ في فترة مقبلة إلا بعد موافقة مجلس الشعب وذلك مع مراعاة أحكام المادة ١٥ » .

يمقدها المجلس » . فالقرض والاقتراض في هذه الحالة لا يعرض على البرلمان ، اكتفاء بموافقة المجالس المحلية وهي بمثابة برلمانات محلية من ناحية ، ولأن ثمة وصاية إدارية تمارسها جهات الإدارة المركزية على اختصاص المجالس في هذا الشأن من ناحية أخرى ، وإن كان المشرع - كما رأينا - قد تطلب موافقة مجلس الشعب في بعض الحالات . (مادة ١٢٩ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ المعدل ، وقد أوردناها فيما سلف) .

٣- هذا ولما كان التعديل الدستوري الأخير (١٩٨٠) ، قد نص صراحة على أن « الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع » ولما كانت الشريعة الإسلامية تحرم المعاملات الربوية ، فقد دفع بعض المواطنين أمام القضاء الإداري بعدم دستورية التشريعات والقرارات التي تفرض فائدة معينة على المدين . ولكن المحكمة الإدارية العليا في أحكامها الحديثة ، رفضت هذا الدفع ، فهي في حكمها الصادر في ٣ أبريل سنة ١٩٨٢ (الطعن رقم ٣٣٦ لسنة ٢٦ قضائية ، والطعن رقم ١٦١٠ لسنة ٢٦ قضائية) تقرر أن النص الوارد في الدستور بأن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع « هذا الخطاب موجه إلى السلطة التشريعية » . وإلى أن ينبثق النظام التشريعي الكامل ، ويستكمل قوته الملزمة ، فإن التشريعات السارية في الوقت الحاضر تظل نافذة ، بحيث يتمتع على الحاكم تطبيقها توصلاً للفصل في المنازعات التي ترفع إليها . ولو قيل بغير ذلك لادى الأمر إلى تضارب الأحكام ، واضطراب ميزان العدالة ، مع المساس في ذات الوقت بأحد المبادئ الأصلية ، وهو مبدأ الفصل بين السلطة » . وقد أعادت المحكمة تأكيد هذا المبدأ في حكمها الصادر في ١٣ يونيو سنة ١٩٨٢ (الطعن رقم ١٦١٠ لسنة ٢٦ قضائية)^(١)

(١) وفي هذا الحكم أرست المحكمة مبدأ جديداً بمقتضاه أن الموظف لا يلتزم بدفع فوائد عن مبالغ صرفت له خطأ « أخذاً في الاعتبار ، ما جرى عليه القضاء الإداري بالمقابلة لذلك من عدم التزام الحكومة بفوائد مبالغ المرتبات والبدلات التي يقضى بها قضائياً ، بالتطبيق لأحكام القوانين واللوائح متى تأخرت الجهة الإدارية في صرفها لمن يستحقها من العاملين » .

الفصل السادس

عقود البيع والشراء التي تبرمها الادارة

لاحتوى هذه العقود على خصائص ذاتية فى مجال دراسة النظرية العامة للعقد الادارى . ومع ذلك فاننا نشير الى بعض الملاحظات الخاصة بها .

الفرع الأول

عقود الشراء التي تبرمها الادارة

وعقود الشراء التي تبرمها الادارة «Les achats de l'administration» اما أن تنصب على منقولات أو عقارات :

فاذا ما انصبحت على منقولات : «Les achats d'objets mobiliers» فان العقد هنا يكون عقد توريد ويخضع للأحكام العامة التي أوردها فيما سلف .

واذا ما تناولت عقارات : «Les achats immobiliers» فان العقد يكون اداريا أو مدنيا وفقا لخصائصه الذاتية وبالتطبيق للقواعد العامة التي أوردها عند دراسة ميعار العقود الادارية ، وان كان الغالب فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى أنه يعتبرها عقودا خاصة . ومن أوضح الأمثلة على ذلك حكمه الصادر فى ١٣ يوليو سنة ١٩٣٨ فى قضية «Sieur Battés» والذي جاء فيه أن شراء البلدية لأحد العقارات هو بطبيعته من عقود القانون الخاص^(١) .

(١) المجموعة ص ١٠٠٤ ، وقد جاء فيه وصفا لشراء الادارة لذلك المقار قوله :
«De sa nature un contrat de droit civil qui n'en demeure pas moins tel alors même qu'une commune y figure comme partie.»

وراجع حكم التنازع الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٣٠ فى قضية (Bayer) دالوز سنة ١٩٣١ القسم الثالث ص ٢٣ مع تعليق (Appleton) وحكم المجلس الصادر فى ٧ يناير سنة ١٩٥٥ فى قضية «Biancamaria»
«Actual. Jur. 1955, II. P. 163»

الفرع الثانى

عقود البيع التى تبرمها الادارة

١ - الأصل فى عقود البيع التى تبرمها الادارة «Les ventes de l'administration» أنها من عقود القانون الخاص ، فعقد البيع هو من العقود المسماة فى القانون الخاص ، والتجاء الادارة اليه هو بمثابة الاعلان عن نيتها فى استعمال وسائل القانون الخاص . ومن ناحية أخرى فان المال العام كما هو معلوم لا يقبل التصرف فيه «inaliénables» ، ومن ثم فان البيع ينصب عادة على مال من أموال الدوميين الخاص^(١) . ولهذا فان مجلس الدولة الفرنسى يلتزم فى وصه هذه العقود صيغة تقليدية تجرى على النحو التالى :

«Cons. que les ventes d'objets mobiliers appartenants à l'Etat sont des contrats de droit commun».

ولقد التزمت محكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (فى القضية رقم ٨٧٠ لسنة ٥ قضائية) صياغة مشابهة واستندت الى الأسباب التى أشرنا اليها حيث تقول ، بعد أن أوردت معيار تمييز العقود الادارية والذى ذكرناه أكثر من مرة « ... وليس فى نصوص هذه العقود (بيع ثمار المسائق المملوكة للادارة) أى خروج على أسلوب القانون الخاص ، ولا علاقة لتلك العقود بتسيير مرفق عام ، وانما تنصرف العقود الثلاثة ... الى استغلال الدولة للدوميين المملوك لها ملكا خاصاً تنصرف فيه على شاكلة الأفراد عندما يتصرفون فى أموالهم تصرف السيد فى ماله «de jouir et disposer en maitre de ses biens» وفقا لقواعد القانون المدنى . ومن المسلم به أن عقد البيع هو أهم العقود المسماة وأقدمها زمنا ، وأكثرها ذيوعا ولعله أبرز عقود القانون الخاص ، فنخصص له المشرع الفصل الأول من الكتاب الثانى من التقنين المدنى الجديد

(١) راجع من أمثلة ذلك القانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير المقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها .

(المواد فيما بين ٤١٨/٤٨١) وهو بذلك يخرج عن ولاية هذه المحكمة لتستقل بالنظر فى المنازعات المترتبة عليه المحاكم المدنية ذات الولاية العامة فى المسائل المتفرعة عن القانون الخاص « . . . » . وبذات الصياغة صدر حكم المحكمة الادارية العليا فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٥٥٧) فى خصوص بيع أحد المرافق العامة كمية من الزلظ التى يملكها ، وقد سبق أن أشرنا اليه عند دراسة معيار تمييز العقد الادارى .

على أننا وجدنا تطبيقا محل نظر فى حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٥٤٩) فقد قامت الادارة ببيع أنقاض أحد المباني الحكومية . وعند التنفيذ تبين أن الأنقاض المباعة تحتوى على بعض الأعمدة الرخامية الأثرية ، فاستولت عليها مصلحة الآثار . وثار نزاع بشأن استنزال قيمتها من ثمن الأنقاض . ولم يشر نزاع بشأن طبيعة العقد لا أمام محكمة القضاء الادارى ، ولا أمام المحكمة الادارية العليا ، مما يستنتج منه أن جهتى القضاء قد اعتبرنا العقد اداريا ، مع أن بيع الأنقاض لا يحتوى على شروط استثنائية ، ولا صلة له بالمرفق العام ، فهل نظر الى العقد من زاوية الهدم ، على أساس أنه من قبيل الأشغال العامة ؟

٢ - على أنه اذا كان الأصل العام هو ما سبق ، فإن بعض عقود البيع التى تبرمها الادارة تعتبر ادارية اذا ما تجلت نية الادارة فى الأخذ بوسائل القانون العام عن طريق ادراج شروط استثنائية وغير مألوفة فى العقد ، أو اذا ما كان المرفق العام الذى تتصل به تلك العقود يؤدى خدماته فى ظروف خاصة تستلزم استعمال وسائل القانون العام «conditions particulières de fonctionnement du service»

ومن أوضح الأمثلة على ذلك البيوع التى يبرمها مرفق التموين «Les service de ravitaillement» مع الجمهور أثناء الحرب . وما ذلك الا تطبيق للقواعد العامة فى هذا الصدد .

الفصل السابع

عقود الايجار «Les contrats de location»

وهذه العقود متنوعة ، ويحسن هنا أن نميز بين حالة ما اذا كانت الادارة هي المستأجرة أو المؤجرة .

أولا : الادارة هي المستأجرة : «Locations faites à l'administration»

ووفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى ، فالأصل فى هذه العقود ، حتى ولو تعلقت بتسيير مرفق عام مباشرة ، أنها تعتبر من عقود القانون الخاص ، ما لم تتضمن شروطا استثنائية وغير مألوفة . وقد سبق أن رأينا تطبيقا لذلك فى حالة تأجير السفن للادارة عند التعريف بمعد النقل .

وقضاء مجلس الدولة الفرنسى غنى فى هذا الصدد فيما يتعلق بتأجير الادارة لمقارات بقصد تخصيصها للمرافق العامة المختلفة ، إذ يجرى فى هذا الخصوص على اعتبار هذه العقود من عقود القانون الخاص ما لم تحتو على شروط استثنائية وغير مألوفة ، وهذا نادر الحدوث عملا^(١) .

ثانيا - الادارة هي المؤجرة : «Location faites par l'administration»

وهنا اما أن يرد الاتفاق على عين تتبع الدومين الخاص للادارة فيكون العقد عقدا خاصا كما سبق أن ذكرنا^(٢) ، واما أن يرد العقد

(١) حكم التنازع الصادر فى ٤ يونية سنة ١٩١٠ فى قضية «Cie Le Soleil» مجموعة سبرى سنة ١٩١٢ القسم الثالث ص ١٥٤ مع تقرير المفوض «Feuilleley» وحكمها فى ٢ فبراير سنة ١٩٥٠ فى قضية «Gaufretem» المجموعة ص ٦٥١ . وحكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٣ فبراير سنة ١٩٤٢ فى قضية «Ville de Sarlat» مجلة القانون العام سنة ١٩٤٣ ص ٢٤٩ مع تقرير المفوض «Léonard» وتعليق يونار . وراجع حكم النقض الصادر فى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٨ فى قضية «office national du Tourisme» دالوز سنة ١٩٣٩ القسم الاول ص ١٠١ ، مع تعليق فالين .

(٢) حكم النقض الفرنسى الصادر فى ٢٥ مارس سنة ١٩٥٠ فى قضية : «Sté Bordeaux, Algérie, Corbière» دالوز سنة ١٩٥٠ ص ٤١٧ =

على عين من أموال الدومين العام ، وهنا يوجد احتمال العقْد الادارى . ولما كان لهذا الموضوع أهمية خاصة فى القانون المصرى كما سئرى فيما بعد ، فانتبا نوليه شيئا من التفصيل : كان الرأى الغالب فقها حتى سنة ١٩٣٨ أن الاتفاقات التى يتضمن محلها شغلا لمال عام «Comportant occupation du domaine public» تعتبر عقودا ادارية باستمرار وفقا لمحلها ، لأن المال العام يخضع لنظام استثنائى ، ولو أن صياغة بعض الأحكام التى صدرت من مجلس الدولة الفرنسى كانت توحى باحتمال وصف تلك العقود ، بأنها من عقود القانون الخاص^(١) .

ولكن المشرع تدخل سنة ١٩٣٨ فى هذا المجال ، وأصدر مرسوما بقانون (فى ١٧ يونية) جعل بمقتضاء المنازعات المتعلقة بتلك العقود من اختصاص القضاء الادارى . وبالرغم من هذا النص ، فقد ترددت المحاكم القضائية قليلا ، حتى تدخلت محكمة التنازع وحسنت هذا الموضوع على سبيل الاطلاق^(٢) .

وهذا ما يردده مجلس الدولة الفرنسى فى أحكامه الحديثة باستمرار ، ومنها على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٢٩ أبريل سنة ١٩٥٠ فى قضية^(٣) «Sté. pour le traitement industriel des produits de l'Océan» وقد جاء فيه : « وحيث انه يتجلى بوضوح ، سواء من نصوص المرسوم بقانون الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٣٨ أو من أعماله التفضيرية ، أن العقود التى تتضمن شغلا للمال العام ، أيا كان

= راجع حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٢٢ مارس سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٢٥٦) حيث تقول : « تأجير احدى الجهات الادارية لقطعة أرض من أملاكها الخاصة الى أحد الأفراد لاقامة مصنع عليها لا يعتبر عقدا اداريا » .
(١) راجع على سبيل المثال حكم المجلس الصادر فى ٧ فبراير سنة ١٩٢٥ فى قضية : «Ch. de fer de l'État» المجموعة ص ١٤٢ .

(٢) حكم التنازع الصادر فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٢ فى قضية «Sté méditerranéenne de combustibles» مجموعة سئرى سنة ١٩٤٣ القسم الثالث ص ٢٩ مع مذكرة لستر .
(٣) المجموعة ص ٢٣٩ .

شكلها أو تسميتها ، تكتسب الصفة الادارية ، وتخرج بالتالى من اختصاص القضاء العادى ومن نطاق القانون الخاص « . »

ويظهر من هذا الحكم بوضوح ، أن نص المرسوم بقانون المشار اليه ، هو نص كاشف . بمعنى أن العقود التى تتضمن شغلا للدومين العام هى عقود ادارية بطبيعتها ، بالرغم من نص القانون عليها صراحة . وهذا هو ما يدافع عنه معظم الفقهاء أيضا^(١) . وعلى الأساس السابق اعتبر القضاء الادارى الفرنسى عقودا ادارية ، الاتفاقات التى تبرمها الادارة مع الأفراد بقصد شغل جزء من شاطئ البحر لبناء كبائن للاستحمام^(٢) أو لاقامة معدات لبعض الشركات فى الموانى العامة^(٣) . وكذلك الشأن فى تأجير الادارة لقطعة من أرض الدومين العام لأحد الأفراد لاقامة سلخانة^(٤) وتخصيص أجزاء معينة من الأسواق العامة للبيع^(٥) أو مساحات محددة من الجبانات العامة كمداقن لبعض الأفراد «concessions funéraires»^(٦) . الخ .

الاتفاقات التى تتضمن شغلا للمال العام فى مصر : علمنا مما سبق أن اختصاص القضاء الادارى المصرى فى موضوع العقود الادارية هو اختصاص مستحدث بدأت نواته سنة ١٩٤٩ ، ولم يتكامل الا سنة ١٩٥٥ ، وبالتالى فانه من المتعين أن يرجع فى هذا الموضوع - قبل التاريخ المشار اليه - الى قضاء المحاكم العادية . وموقف القضاء العادى فى هذا الخصوص له دلالة لا يمكن اغفالها فى هذا

(١) دى لوبادير ، المرجع السابق ، ص ٤٧ . وراجع للفتية «Charlier» بعنه بعنوان : «Les contrats comportant occupation du domaine public» après le décret du 17 Juin 1938 منشور فى مجموعه سنة ١٩٤٣ القسم الأول ص ٣٧٢ . وتعليق فالين المنشور فى مجموعة دالوز سنة ١٩٤٤ ص ١٧ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ فى قضية «Montagne»

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢١ يناير سنة ١٩٤٩ فى قضية «Cie général frigo»

(٤) المجموعة ص ٢٧ .
(٥) حكم المجلس الصادر فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ فى قضية «Ste. général des adattoirs municipaux de France» .

(٦) حكم محكمة ليل الادارية فى ١٢ يوليو سنة ١٩٥٠ ، دالوز سنة ١٩٥٠ ، ص ٧٢٥ .

(٦) راجع مؤلف بيكينو ، المرجع السابق ص ١٢ .

المجال ، ذلك أن المحاكم القضائية أنكرت بصفة عامة - كما ذكرنا - المبادئ الإدارية في مجال العقود الادارية لتقيدها بنصوص القواعد المدنية . ولما كانت الاتفاقات التى تتضمن شغلا للمال العام ، تصطدم بالقواعد المنظمة للمال العام ، فيما لو طبقنا قواعد القانون المدنى عليها، فإن الأمر انتهى بالمحاكم المدنية - وعلى رأسها محكمة النقض - الى انكار الصفة التعاقدية على الاتفاقات السابقة ، واعتبرتها مجرد تراخيص ، أى قرارات ادارية . ومن أوضح الأمثلة على ذلك حكم النقض المصرى الصادر فى ١٣/١١/١٩٤٤ والذى جاء فيه « ان تصرف السلطات الادارية فى الأملاك العامة لانتفاع الأفراد بها لا يكون الا بترخيص . والترخيص يحكم طبيعته معين الأجل ، غير ملزم للسلطة المرخصة ، التى لها دائما لداعى المصلحة العامة ، الحق فى الفائه والرجوع فيه قبل حلول أجله . . . ان اعطاء الترخيص ورفضه والفائء والرجوع فيه كل أولئك أعمال إدارية يحكم القانون العام ، وصدور الترخيص مقابل رسم لا يمكن أن يخرج عن طبيعته ولا يجعله عقد ايجار عادى خاضع لأحكام القانون المدنى^(١) . . . » .

والتكييف الذى قالت به محكمة النقض ، يمكن الادارة من أن تفرض ارادتها على الطرف الآخر دون حاجة لموافقة ، وعلى خلاف قاعدة « المقد شريعة المتعاقدين » .

وظلت محكمة النقض المصرية على رأيها حتى بعد صدور قانون مجلس الدولة الثانى (سنة ١٩٤٩) والى قبيل صدور القانون الثالث (سنة ١٩٥٥) والذى جعل الاختصاص المطلق بالمنازعات الادارية للقضاء الادارى . ولا أدل على ذلك من حكمها الصادر فى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٥ والذى يتعلق بموضوعه بتأجير « بوفيه محطة سكة حديد حلوان وملحقاتها » لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد .

(١) مجموعة رسمية سنة ١٩٤٦ ، ص ١٤٢ . وراجع حكم محكمة مصر الكلية الأهلية الصادر فى ٧ مارس سنة ١٩٣٨ ، بشأن شغل مساحات معينة داخل الأسواق العامة المملوكة للحكومة وراجع حكم استئناف مصر الصادر فى ٢٤/١١/١٩٤٦ مجموعة رسمية سنة ١٩٤٩ ص ٢٥٩ ، وهو ينفى صفة المقد عن تصريح مصلحة السكة الحديد بإقامة بوفيهات فى محطاتها .

فقد حدث بعد صدور الأمر العسكري المنظم لعلاقة المؤجر بالمستأجر أن أخطر المستأجر الادارة برغبته في تجديد العقد . ولكن الادارة أخطرتة بعدم رغبتها في تجديده ، وأنذرتة بإشهار مزاد استغلال البوفيه ، وقد تم ذلك فعلا ورسا المزاد على آخر . ولكن المستأجر الأول رفض اخلاء المين . ولما رفع الأمر الى القضاء قضى الحكم الابتدائي والاستئنائي باعتبار الاتفاق عقد ايجار يخضع لأحكام الأمر العسكري وما لحقه من قوانين منظمة لعلامة المؤجرين بالمستأجرين ، وبالتالي بعدم جواز الاخلاء لزيادة الأجرة . فطلعت الادارة بالنقض استنادا الى أن « . . . العقد محل النزاع واضح الدلالة على أن الطاعنة لم تكن تنشأ استغلال المقصف بقصد التجارة ، وانما كانت تقصد تأدية مصلحة عامة هي خدمة المسافرين في قطاراتها بتوفير ما يحتاجون اليه في أسفارهم من طعام وشراب بأسعار معتدلة ، وهو بهذه المثابة لا يعدو أن يكون ترخيصا للانتفاع بملك عام ، فهو مؤقت بطبيعته وغير ملزم للسلطة المرخصة التي لها دواما ولداعى المصلحة العامة الحق في الفائه والرجوع عنه ولوقبل حلول أجله . . . » وبهذا الوصف أخذت محكمة النقض حيث تقول : « . . . ومن حيث ان هذا النعمى في محله ، ذلك لأن العبرة في تكييف العقد محل النزاع ، والتعرف على حقيقة مرماء وتحديد حقوق الطرفين فيه ، انما هو بما تضمنه هذا العقد وما حواه من نصوص . فاذا كان يبين من نصوصه أنه وان وصف بأنه عقد ايجار الا أنه يتضح من مجموع نصوصه وما فرضه من التزامات أنه ألزم المستأجر بتهيئة المقصف وتزويده بما يلزم من طعام وشراب سدا لحاجة الجمهور ، مع مراعاة الشروط الصحية وبأسعار محددة في قائمة مرافقة للعقد ، وأن يخضع لما تحدده المصلحة من أثمان لم ترد بالقائمة ، وأن يبيع معروضاته لعمال المصلحة بنصف القيمة المحددة وأن ينفذ ما يصدر اليه من أوامر في شأن ادارة المقصف وألا يتولى ادارته الا من توافق عليه الطاعنة ، مع تحديد عدد المستخدمين ورفت من ترى رقتهم ، وأن يمكن لموظفى المصلحة من التردد لمراقبة تنفيذ (م - ١١ العقود الادارية)

شروط العقد الى آخر القيود المبينة بالعقد المذكور^(١) دل هذا بوضوح على أن هذا العقد لا يصح اعتباره عقد ايجار . . . لأنه يبين من هذه القيود ومرامها أن الطاعنة فى تماقدها مع المطعون عليه لم تكن تنشأ استغلال محل معد للتجارة ، انما تبغى من وراء ذلك أولا وبالذات تحقيق مصلحة عامة هى خدمة المسافرين فى قطاراتها ليلا ونهارا بتوفير ما يحتاجون اليه فى أشفارهم من طعام وشراب وبأسعار معتدلة . فهو التزام بأداء خدمة عامة . . . ومن ثم فالحكم المطعون فيه اذ اعتبر العقد محل النزاع - رغم صراحة نصوصه ودلالاتها على الفرض من ابرامه - عقد ايجار يخضع لأحكام الأمر العسكري رقم ٣١٥ وما تلاه من قوانين . . . يكون قد أخطأ فى تكييف هذا العقد^(٢) .

ولما كان اختصاص مجلس الدولة المصرى فى مجال العقود الادارية لم يكتمل الا سنة ١٩٥٥ - كما ذكرنا - فقد وجد نفسه مسوقا فى أول الأمر الى اعتناق مذهب المحاكم القضائية ، فاعتبر الاتفاقات التى ترد على المال العام بمثابة تراخيص ، أى قرارات ادارية . ومن أمثلة قضائه السابق الترخيص بشغل اكشاك الاستحمام المملوكة للبلديات^(٣) ، والترخيص لأحد التجار بشغل محل بسوق الخضار لمدة معينة^(٤) .

وقد دافعنا عن هذا التكييف احتراما لقواعد الاختصاص ، التى كانت تجعل المنازعات المتعلقة بهذا الموضوع من اختصاص المحاكم

(١) وكل هذه الشروط التى ابرزتها المحكمة تمد شروطا استثنائية غير مألوفة مما يميز العقود الادارية . وسنرى أن محكمة القضاء الادارى المصرية ، فى قضائها الحديث ، قد استندت الى مثل هذه النصوص فى حالة مماثلة تماما للقول بأن الاتفاق يتضمن مقدا اداريا كما سيأتى بعد قليل .

(٢) مجموعة أحكام النقض المدنية ، السنة السادسة ، ص ١٤٨٠ . (العدد الرابع) .

(٣) حكم الصادر فى ٣ مارس سنة ١٩٥٢ ، مجموعة أحكام المجلس السنة السادسة ص ٦٠٠ .

(٤) حكم المجلس الصادر فى ٧ فبراير سنة ١٩٥٤ ، مجموعة أحكام المجلس السنة الثامنة ص ٦٠٨ .

القضائية ، وهى المقيدة بالقواعد المدنية كما ذكرنا . ولكن بعد أن عدلت قواعد الاختصاص ، فقد عدلنا عن ذلك التكييف ، وطلبتنا باعتبار الاتفاقات السابقة من قبيل العقود الادارية « لأن المبادئ التى تحكم العقود الادارية ، لا تقيد الادارة بدرجة القواعد المدنية ، بل تمكنها من أن تحقق مقتضيات الصالح العام بإرادتها المنفردة ، كما أن اعتبار تلك التصرفات من قبيل العقود الادارية يضىء بعض الشباب والاستقرار على مراكز الأفراد الذين يتعاملون مع الادارة . وقد يتكلفون مبالغ كبيرة فى اقامة منشآت على المال العام موضع الاتفاق . ومن ناحية أخرى فان اعتبار الاتفاق من قبيل العقود الادارية يغول القاضى عند نظر النزاع ، سلطات أوسع من تلك التى يتمتع بها قاضى الالغاء . فهذا التكييف يوفق - عندنا - بين الصالح العام وصالح الأفراد على السواء^(١) » . وقد حدث ما توقعناه ، اذ عدلت محكمة القضاء الادارى المصرية فعلا عن التكييف السابق ، وأضفت على تلك الاتفاقات وصفها الصحيح . ولعل أول حكم لها فى هذا الصدد ، هو حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (فى القضية رقم ٢٢٢ لسنة ١٠ قضائية) وهو يتعلق بتأجير مقصف وقد جاء فيه : « ومن حيث انه يبين من الاطلاع على العقد المبرم بين محكمة القاهرة الابتدائية الشرعية وبين المدعى عليه ، وهو المقعد محل النزاع ، أنه وان وصف بأنه عقد ايجار الا أنه فى حقيقته وجوهره عقد تقديم خدمات لمرفق من المرافق العامة ، وهو مرفق القضاء ، اذ يلتزم المدعى عليه طبقا لشروطه بتهيئة المقاصف الموجودة بالمحاكم واعدادها لخدمة موظفى المحاكم وجمهور المتقاضين وتقديم ما يلزمهم من المشروبات والمطبات والمأكولات بأسعار محددة مرافقة للعقد ، على أن يكون لجهة الادارة حق زيادتها أو تخفيضها وأن يقدم لموظفى ومستخدمى المحكمة بعض المشروبات بأثمان مخفضة ، وأن يلتزم المدعى عليه بتنفيذ أمر الجهة الادارية المتعاقد معها اذا رأت

(١) مؤلفنا ، مبادئ القانون الادارى ، الطبعة الثانية ، ص ١٩٨ - ١٩٩ . ومباحثاتنا التى ألقيناها (ولم تطبع) على طلبة معهد العلوم الادارية والمالية سنة ١٩٥٦/١٩٥٥ فى موضوع العقود الادارية .

فصل أحد العمال لعدم نظافته أو سوء سلوك أو لأي سبب كان ، كما اشترط في العقد أن للمحكمة الحق في التفتيش على المقاصف والعمال في أى وقت والأمر بإجراء النظافة واستبدال النفايات من المعدات على حساب المدعى عليه اذا قصر فى هذا الشأن ، وكذلك نص فى العقد على حق المحكمة فى فسخ العقد والاخلال دون حاجة الى تنبيه أو اذار ، وهذه كلها شروط غير مألوفة فى العقود الخاصة المماثلة .

« ومن حيث انه على مقتضى ما تقدم يكون العقد سالف الذكر قد اتسم بالطابع المميز للعقود الادارية من حيث اتصاله بمرفق عام ، وأخذة بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط استثنائية ... » . ويلاحظ تشابه التسبب فى هذا الحكم وفى حكم النقص الصادر فى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٥ ، والذي سبق أن أشرنا اليه رغم اختلاف النتيجة التى انتهى اليها كل من المحكمتين .

هذا ولقد اعتمدت المحكمة الادارية العليا هذا القضاء فى حالة تتعلق بترخيص مصلحة الآثار لأحد الأفراد بشغل قطعة أرض من أملاك الدولة العامة لاستعمالها منشئ سلال وجلود ، وذلك لمدة سنة تتجدد من تلقاء نفسها لمدة أخرى ما لم يملن أحد الطرفين الآخر بعدم رغبته فى التجديد قبل انقضاء المدة بشهر واحد ، ومع حفظ حق الحكومة فى الغاء الترخيص فى أى وقت كان . فبالرغم من وصف الانتفاع الخاص فى هذه الحالة بأنه ترخيص ، فقد رأت المحكمة الادارية العليا أنه « اصطبغ بصبغة العقد الادارى ، لا القرار الادارى ... ولا يغير من ذلك وصف هذا العقد بأنه ترخيص ، أو أن المبلغ المقابل للانتفاع هو رسم ... لأن الحكومة حين خصت (المنتفع) بجزء من الملك العام ، فانها كانت مستغلة لهذا الجزء باعتبارها مالكة له تحكمها قواعد القانون العام ... ولم يكن ذلك افصاحا عن الارادة الملزمة ، بل نتيجة لاتفاق تبادل فيه الطرفان الحقوق والواجبات » ثم استطردت المحكمة تضع قاعدة فى هذا الشأن حيث تقول : « غنى عن البيان أن العقد الذى يكون محله الانتفاع بمال عام ، هو بطبيعته من العقود التى تخضع لأحكام القانون العام ،

لأنها توافق طبيعة المال العام ، لاتصالها الوثيق بمقتضيات النفع العام » - (حكمها الصادر فى ٣١ مارس سنة ١٩٦٢ ، السنة ٧ ص ٥٣٥) - ونريد أن نختم هذا الموضوع بالملاحظات الآتية :

الأولى : أن حكم الخضاء الادارى السابق - وكذلك حكم النقض - قد استند الى الشروط الاستثنائية الواردة فى العقد لانكار صفته المدنية - وهذا صحيح من الناحية النظرية المجردة ، باعتبار أن هذه الشروط - بجوار الشروط الأخرى - هى الطابع المميز للمعقود الادارية كما رأينا - ولكن الحقيقة أن المعقود التى ترد على المال العام لا يمكن أن تكون مدنية بحال من الأحوال ، فهى عقود ادارية باستمرار ، لأن من خصائص المال العام - المسلم بها تشريعيا فى مصر - أنه لا يمكن التصرف فيه ، بمعنى أنه لا يمكن أن يكون محل تصرفات مدنية ، ومنها عقود الايجار فى القانون الخاص ، لأن مثل هذه الاتفاقات المدنية لا تتفق والغرض الذى خصص من أجله المال العام وهو الاستعمال العام - ولهذا فقد اعتبر الفقه والقضاء فى فرنسا أن المرسوم بقانون الصادر سنة ١٩٣٨ ، لم يستحدث جديدا ، وانما كشف عن الطبيعة الادارية لهذه المعقود ، وهو ما سلمت به المحكمة الادارية العليا فى حكمها الذى سبقت الاشارة اليه -

الثانية : أنه اذا كان الاتفاق الذى يكون موضوعه شغل مال عام يعتبر عقدا اداريا باستمرار ، فان ذلك لا يعنى بحال من الأحوال منع الادارة من الالتجاء الى فكرة التراخيص - فالمعقد الادارى - مهما كانت السلطات التى يخولها للادارة كما سنرى فيما بعد - يتضمن قيودا تحد من سلطة الادارة بعض الشيء - ولهذا فقد ترى الادارة أن تحتفظ بسلطتها كاملة ، بأن تجعل الانتفاع الخاص بالمال العام يتخذ صورة ترخيص يصدر بقرار ادارى منها ، كما أن لها أن تفرغ الاتفاق فى صورة عقد ادارى - ويكون مرجع التفرقة بين الحالتين الى نية الادارة ، وهى مسألة يستشفها القضاء فى كل حالة على حدة ، وذلك فى حالة عدم وضوح نية الادارة - أما اذا

كانت نية الادارة قاطعة في اتباع أسلوب الترخيص ، فليس للقضاء الادارى أن يعقب على هذه الارادة .

والنظام القانونى لنوعى الاستعمال الخاص للمال العام مختلف تماما : فاذا ما اعتبرناه عقدا ، فانه يخضع للمبادئ التى تحكم العقود الادارية والتى سنعرض لها تفصيلا فى هذا المؤلف . أما اذا اعتبرناه ترخيصا ، أى قرارا اداريا ، فان الادارة تتمتع فى مواجهة المرخص له بسلطات واسعة ، فهى تملك أن ترفض الترخيص ابتداء ، وتستطيع أن توقف الاستعمال الخاص للمال العام ، وأن تعدل فى شروط هذا الاستعمال أو تلغى الترخيص . وهذا ما قرره محكمة القضاء الادارى فى بمض أحكامها ، ومنها على سبيل المثال حكمها الصادر فى ١٦ يوليو سنة ١٩٥٧ (السنة ١١ ص ٦٤٣) حيث تقول : « ... ان منحها (الادارة) التراخيص ، أو منها أو إلغاءها هى من الأعمال الادارية التى تستند الى أحكام القانون العام التى تقضى باطلاق سلطة الادارة فى ادارة المال العام وفقا للمصلحة العامة ، ومراعاة لطبيعة استعماله . ومن ثم فان للبلدية (بلدية الاسكندرية) أن تلغى تراخيص الأشغال ما دعت دواعى المصلحة العامة ، كحفظ النظام والآداب أو الأمن العام أو ادخال تحسينات على المال الى غير ذلك من مبررات المصلحة العامة ، وان تقديرها لهذه المبررات خارج عن رقابة المحكمة . » ولكن رغم هذا الاطلاق الذى قد يستشف من نهاية هذا الحكم ، فان سلطة الادارة فى هذا الخصوص هى سلطة تقديرية وليست سلطة تحكمية ، فحقها فى هذا الصدد يقيد به أن تستهدف تحقيق الصالح العام . والمصلحة العامة فى هذه الحالة هى مصلحة مخصصة تنحصر فى المحافظة على تخصيص المال العام . فاذا جانبت الادارة هذه الغاية ، ورفضت الترخيص ، أو سحبته نكايه فى فرد من الأفراد أو لتمييز فريق من الناس على فريق آخر دون مسوغ قانونى ... الخ كان تصرفها مشوبا بعيب الانحراف « Le détournement de pouvoir » وحق لكل ذى مصلحة أن يطلب الفاء أمام القضاء الادارى ، وأن يطالب بتعويض اذا ما ترتب على تنفيذ

قرارات الادارة المعيبة اضرار • بل لقد ذهبت محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ١٥/١٢/١٩٥٤ (السنة ٩ ص ١٤٥) الى أن الحق فى طلب التعويض فى تلك الحالات لا يسقط « ... حتى ولو نص فى الترخيص على أنه لا يجوز طلب تعويضات عن ذلك (الفائه) أمام المحاكم أو السلطات الادارية » •

الثالثة : أن مقطع النزاع فى خصيصة العقد فى حالتنا ، ترجع الى صفة المال الذى يقوم عليه : فإذا كان مالا عاما ، فهو عقد ادارى ، والعكس • وإذا كان معيار تمييز الأموال العامة ما يزال محل خلاف فى فرنسا ، لأن المشرع لم يقدم المعيار القاطع فى هذا الصدد ، فإن الأمر فى مصر مختلف ، ذلك أن المشرع - سواء فى نص المادة ٩ من القانون المدنى القديم أو فى المادة ٨٧ من القانون المدنى الجديد - قد قطع فى هذه المسألة ، اذ قضى بأن المال المملوك للادارة يكتسب صفة العمومية بتخصيصه لمنفعة عامة باحدى الطرق المقررة قانونا • وبالتالي فإن كل مال مملوك للادارة ، يخصص للنفع العام ، هو مال عام دون مراعاة لأى اعتبار من الاعتبارات الموجودة فى فرنسا^(١) •

(١) مؤلفنا مبادئ القانون الادارى ، المرجع السابق ، فى أى طبعة من طبعاته المتعددة .

الفصل الثامن

عقود العمل

(Les contrats de prestation des services personnels)

وهي الاتفاقات التي يلتزم الأفراد بمقتضاها بتقديم خدماتهم الشخصية للإدارة في مقابل عوض يتفق عليه ، وهذا هو الغالب . ولكن منها ما يتم على النحو العكسي ، بأن تقدم الإدارة للأفراد خدمات بعض الأشخاص التابعين لها في مقابل عوض معلوم . وفيما يلي نعرض لكل من هذين النوعين .

الفرع الأول

الإدارة هي صاحبة العمل

تلجأ الإدارة في تسييرها للمرافق العامة إلى الاستعانة بالأفراد ، وهي في استعانتها تسلك سبلا مختلفة :

١ - فالغالب أن يكون ذلك عن طريق التعيين بقرارات إدارية فردية ، وحينئذ يوجد الفرد في مركز نظامي «situation réglementaire» ويسمى موظفا أو مستخدما بحسب الأحوال^(١) .

٢ - ولكن للإدارة أن تلجأ - في حدود معينة - إلى السبيل التعاقدى . فما طبيعة العقد في هذه الحالات ؟! يلجأ مجلس الدولة الفرنسى - وفقا للدراسة التي قام بها الأستاذ دى لوبادير^(٢) - في مطلوه عن العقود الإدارية - إلى وسائل ثلاث للتعرف على طبيعة العقد الإدارية على النحو التالى :

أولا : أن يحتوى العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص : وهذا ليس إلا تطبيقا للمعيار العام في تمييز

(١) : مؤلفنا مبادئ القانون الإدارى ، المرجع السابق .

(٢) ص ١٢٦ وما بعدها .

المقود لادارية عن عقود القانون الخاص • ويردد المجلس هذا الميعار في أحكامه على النحو التالى :

١ - فى حكمه الصادر فى ١٨ يناير سنة ١٩٥٢ فى قضية « Dame Kinssin » (مجلة القانون العام سنة ١٩٥٢ ص ٥١٣) يقول :

« Considérant que les stipulations du contrat ... ne lui imposaient aucune sujétion débordant le cadre des règles du droit privé, qu'ainsi elles n'ont pu créer un lien administratif entre la requérante et l'État ».

٢ - وفى حكمه الصادر فى ٧ مارس سنة ١٩٥١ فى قضية « Thomas » يؤكد :

« Considérant que le contrat ne comportait aucune disposition exorbitante du droit commun ... qu'ainsi n'existait aucun lien de droit public entre le requérant et l'État ».

وفى تطبيق هذا الميعار يراعى المجلس : السلطات الاستثنائية التى تحتفظ بها الادارة فيما يتملق بالفصل^(١) ، وطريقة دفع المقابل ، والمبالغ التى تقطع من الأفراد ، ومقابل التعاقد ان وجد^(٢) ، كما أن مجلس الدولة الفرنسى يفحص أيضا الشروط المتعلقة بالرقابة أثناء تأدية العمل ، ووسائل التأديب ، ومدى القيود التى يفرضها العقد على المتعاقد الآخر^(٣) .

على أنه يجب أن يلاحظ من ناحية أخرى أن المجلس لا يكتفى بشرط واحد من الشروط السابقة ، وانما يضع نصب عينيه مجموع الشروط المستمدة من العقد •

(١) حكم المجلس الصادر فى ٣ يوليو سنة ١٩٢٥ فى قضية « de Mestrab » دالوز سنة ١٩٢٦ القسم الثالث ص ١٧ مع تقرير المفوض سلفادور وتعليق تروتايا • وحكم التنازع الصادر فى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٢ فى قضية « Balliasse-Richaud » .

(٢) حكم المجلس فى ٢٠ يونية سنة ١٩٢٧ فى قضية « Fink » مجموعة أحكام المجلس ص ٧٣٣ وفى ١٣ يونية سنة ١٩٤١ فى قضية « Dr. Gerbier » المجموعة ص ١٠٩ ، وفى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٤٦ فى قضية « Col de Madagascar » دالوز ص ٤٦٤ مع تعليق « Huot » .

(٣) حكمه فى ٢٤ يناير سنة ١٩٤٧ فى قضية « Joly » المجموعة ص ٢٧ ، وفى ٢٣ أبريل سنة ١٩٤٧ فى قضية « Segab » المجموعة ص ١٥٨ وفى ٩ يونية سنة ١٩٤٨ فى قضية « Cousin » المجموعة ص ٢٥٤ •

ثانيا : أن تنطوي الخدمة على اتصال دائم بالمرفق العام :
«La permanence de la participation au service public»

ويستند المجلس في كثير من الحالات الى انعدام تلك الصفة في
المعقد للقول بأنه مع عقود القانون الخاص ، فيصف الخدمة بصفات
منها «temporaire, précaire, non permanente» الخ (١) .

ثالثا : طبيعة العمل المسند الى الفرد : «La nature de l'emploi occupé»
ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي يجرى منذ مدة طويلة على التمييز
بين عمال المرافق العامة الاقتصادية والتجارية (Les services industriels)
فهو يعتبر من يشغل منهم مراكز التوجيه أو المراكز الرئيسية في
الحسابات «Le personnel dirigeant et comptable» شاغلين لمراكز قانونية
عامة . أما من يشغلون المراكز القانونية الأخرى الثانوية «Le pre-
sonnel subalterne» فيتواجدون في مراكز قانونية خاصة . وعلى هذا
الأساس فإنه يعتبر الطائفة الأولى من قبيل الموظفين العموميين اذا
ما عينوا بقرارات ادارية ، ومن قبيل الموظفين المينين بعقود ادارية
اذا ما عينوا بعقود . أما الطائفة الثانية فإنهم أجراء يخضعون
لللقانون الخاص باستمرار .

والذي يلاحظ على هذا الموضوع لأول وهلة في مصر ، أن مجلس
الدولة المصري لم يأخذ بالتفرقة السابقة . ومع أوضح أحكامه في
هذا الخصوص حكمه الصادر في ٨ مارس سنة ١٩٥٣ حيث يقول :
« ان الأصل في موظفي المؤسسات العامة أنهم موظفون عموميون
تربطهم بالمؤسسات العامة علاقة تنظيمية ... ولا تمول المحكمة على
ما ذهب اليه بعض رجال الفقه في هذا الصدد مع تفرقة بين طائفتين
من موظفي المصالح أو المؤسسات العامة الاقتصادية : الأولى طائفة
الموظفين ذوي المناصب الرئيسية ، والأخرى تضم مع عدا هؤلاء
من صفار الموظفين ، اذ يصفون على أفراد الطائفة الأولى دون الثانية

(١) حكمه في ٣٠ يناير سنة ١٩٢٨ في قضية «Métrany» المجموعة ص ١٥
وفي ٣٠ مايو سنة ١٩٤٥ في قضية «Chapelier» المجموعة ص ١١١ وفي ٧ مارس
سنة ١٩٥١ في قضية «Thomas»

صفة الموظفين العموميين ، ذلك لأن هذه التفرقة لا تقوم على أساس علمي ، فمن العسير وضع مقياس لها بحيث لا يقع الخلط واللبس بين أفراد الطائفتين^(١) » . وقد أكدت هذا القضاء المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٥ مايو سنة ١٩٦٢ (ص ٧٩٣ س ٧) حيث تقول : « . . . وفي مصر يعتبر موظفين عموميين عمال المرافق العامة ، سواء أكانت إدارية أو اقتصادية ، ما دامت هذه المرافق تدار بأسلوب الاستغلال المباشر » . وعلى هذا الأساس لا يكون لطبيعة المرفق العام الذي يعمل به الفرد وزن فيما يتعلق بالحكم على طبيعة عقده مع الإدارة ، ويكون المعول عليه في مصر هو خصائص العقد الذاتية .

على أن مجلس الدولة الفرنسي قد لجأ الى فكرة « طبيعة الوظيفة » في نطاق المرافق الإدارية ذاتها ، واستمد منها قرينة على طبيعة العقد ، بجوار القرائن الأخرى : فهو في حكمه الصادر في ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٨ في قضية «Delle Pasteau»^(٢) يقول بخصوص رئيسة الخدمة الاجتماعية :

«La requérante, assistante sociale chef est liée à l'Etat par un contrat de droit public ... eu égard à la nature des fonctions exercées par cette catégorie d'agents qui collaborent de façon permanente à l'exécution d'un service public prévu et réglementé par l'ordonnance du ... ».

وفي حكمه الصادر في ٩ يوليو سنة ١٩٥٠ في قضية «Blouin» يؤكد^(٣) :

«Le réquérant médecin d'une institution d'éducation surveillée doit être regardé, tant en raison de la nature de ses fonctions que du régime juridique auquel il se trouvait soumis...comme ayant avec l'Etat un lien administratif».

(١) مجموعة أحكام المجلس ، السنة السابعة ص ٦١١ .
(٢) مجلة القانون العام سنة ١٩٤٩ ص ٧٥ مع تعليق فالين ، ومجموعة سيري سنة ١٩٤٩ القسم الثالث ص ٣ مع تعليق «Biver»
(٣) المجموعة ص ١٨٥ .

وقد استند في أحكام أخرى الى طبيعة الوظيفة للحكم بالصفة المدنية للمعد الذي يربط الأفراد بالادارة^(١) .

ويعلق الأستاذ دى لوبادير على هذه القرينة التى أوردها المجلس فى كثير من أحكامه ، بأنها لا تقدم كثيرا ومن المسير تفسيرها^(٢) ، اللهم الا على ضوء قرينة أخرى هى أن علاقة الوظيفة بمرفق منظم تنظيما خاصا ، تستتبع اعضاء الصفة الادارية على العقود المتصلة به^(٣) . ولكنه يؤكد من ناحية أخرى أن مجلس الدولة الفرنسى يميل الى اعتبار معظم العقود التى من هذا القبيل ، عقودا ادارية ، ولا يعتبر منها عقودا من عقود القانون الخاص الا ما تعلق بوظائف ثانوية جدا (des emplois très subalternes)

وكل ما يمكن أن نستمد من الملاحظات السابقة هو أن أهمية الوظيفة ، وخطورة الأعباء الملقاة على شاغلها ، تعتبر قرينة على أن الموظف فى مركز من مراكز القانون العام ، وهى المراكز التى تتفق مع واجبات تلك الوظيفة .

أهم حالات الموظفين المتعاقدين فى مصر : تنحصر أهم هذه الحالات فى مجالين :

المجال الأول : توظيف الخبراء الأجانب : وينظم أوضاعهم الوظيفية قرار الوزير المختص بالتنمية الادارية رقم ٢ لسنة ١٩٧٩^(٤) . وقد نصت المادة الثانية من هذا القرار على أن يكون توظيف الخبراء الأجانب بطريق التعاقد ، فى حدود الاعتمادات

(١) على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٢٥ يوليو سنة ١٩٥٢ فى قضية Dame Braquet مجموعة سبرى سنة ١٩٥٢ القسم الثالث ص ١١٧ حيث يقول بخصوص موظفة صفيرة فى ادارة البوليس :

«Considérant qu'à raison de sa nature d'emploi qui était confié à l'intéressé n'était pas au nombre de ceux qui ne sauraient être attribués qu'à des agents liés à l'administration dans les conditions du droit public».

(٢) ص ٣٢ حيث يقول :

«Il n'est pas très facile d'interpréter cette jurisprudence ... Le libellé des arrêtés n'éclaire que bien faiblement cette question».

(٣) «La notion de contrat administratif en raison des conditions particulières d'organisation du service public».

(٤) الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٧٩ .

المالية المدرجة بموازنة الوحدة من بين ذوى الخبرات والتخصصات النادرة أو التى يتمتعدر الحصول عليها من بين المواطنين • وتبرم السلطة المختصة عقد توظيف الخبير لمدة لا تتجاوز سنة ، تبدأ من تاريخ تسلم العمل • ويجوز تجديدها • (م - ٤) ويجب أن يتضمن العقد المبرم مع الخبير بيانات حددتها المادة الخامسة من القرار المشار اليه^(١) ، كما يجب أن يحدد فى العقد المكافأة الشاملة للتوظيف التى يشغلها الخبير ، ويجوز زيادة هذه المكافأة عند تجديد العقد بما لا يجاوز ١٠٪ من المكافأة الشاملة عن مدة تماقده السابقة • (المادتان ٧ و ٨) وتنظم المادتان ١٤ و ١٥ من ذات القرار نظام الأجازات المقررة للخبير الأجنبى ، كما حددت المادة ١٦ الجزاءات التى توقع عليه ، وفصلت المواد من ١٧ الى ١٩ أوضاع انتهاء العقد •

المجال الثانى : توظيف العاملين الوطنيين الذين يقومون بأعمال مؤقتة : ويفصل أحكام توظيفهم قرار الوزير المختص بالتنمية الادارية رقم ٣ لسنة ١٩٧٩^(٢) • ويقصد بالأعمال المؤقتة الأعمال العارضة أو الأعمال الموسمية (مادة ٢) ويكون توظيف العاملين المؤقتين بطريق التعاقد فى حدود الاعتمادات المالية المدرجة بموازنة الوحدة ، ويجب أن يتضمن العقد البيانات المنصوص عليها فى المادة الثالثة من القرار المشار اليه^(٣) ، كما يراعى فى ابرامه الأحكام

(١) تشمل هذه البيانات : أ - أسماء طرفى العقد وصفة الموقع عن الوحدة • ب - البيانات الشخصية المتعلقة بالخبير ج - مدة العقد د - وصف الوظيفة المسندة الى الخبير وتحديد واجباتها ومسئولياتها هـ - المكافأة الشاملة المقررة للوظيفة و - أيام العمل وساعات والأجازات المقررة للخبير ز - المحكمة المختصة بنظر المنازعات القضائية ح - البيانات الأخرى التى ترى الوحدة اضافتها الى ما تقدم ، وذلك بما لا يتعارض مع أحكام قرار الوزير المختص بالتنمية الادارية مع القرار الوزارى رقم ٣ لسنة ١٩٧٩ •

(٢) الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٧٩ •

(٣) تشمل هذه البيانات : أ - أسماء طرفى العقد وصفة الموقع عن الوحدة ب - البيانات الشخصية المتعلقة بالعامل ومدد التعاقد ج - الأعمال العارضة والموسمية محل العقد د - المكافأة الشاملة المقررة للأعمال المشار إليها هـ - الجزاءات التى توقع على العامل المدرج و - المحكمة المختصة بنظر المنازعات القضائية ز - البيانات الأخرى التى ترى الوحدة اضافتها الى ما تقدم وذلك بما لا يتعارض رقم ٢ لسنة ١٩٧٩ •

المالية والادارية الواردة فى اللوائح الصادرة فى هذا الشأن ، ويجوز للوحدة أن تضيف أحكاما تتفق مع تطبيق الأعمال المؤقتة موضوع العقد (مادة ٤) . ويجوز للسلطة المختصة فسخ العقد فى حالة الاخلال بشروطه .

حالة المتطوعين فى الخدمة العسكرية : (Les militaires engagés)

لا جدال بين الفقهاء فى أن المتطوع فى الخدمة العسكرية يشغل مركزا عاما . ولكن هل يكون هذا المركز تماقديا أم نظاميا ؟ أخذ مجلس الدولة الفرنسى أولا بفكرة المركز النظامى ، وكان ذلك فى حكمه الصادر فى ١٦ يوليو سنة ١٩٢٠ (١) .

ولكن المجلس عاد بعد ذلك واعتبر الاتفاق المبرم بين المتطوع والادارة عقدا من عقود القانون العام . ولكن هذا العقد الادارى هو بمثابة قرار شرطى ، فهو لا يولد بذاته التزاما ، ولكنه يضع المتطوع فى مركز نظامى . نجد هذا المعنى فى حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٣ يونيو سنة ١٩٤٧ فى قضية (Schmitt) (٢) حيث يقول :

«Un tel contrat n'implique pas que l'Etat soit lié envers l'engagé par des stipulations synallagmatiques ... mais qu'il a seulement pour effet de le soumettre jusqu'à la date fixée par ledit contrat aux même obligation et au même statut militaire que les individus normalement appelés par l'ordre de mobilisation».

ولكن فكرة « العقد المولد لمركز نظامى » « Contrat attributif d'une situation statutaire » قد انتقدت بشدة ، لأن طبيعة العقد أن يولد التزامات تماقدية (٣) .

(١) مجلة القانون العام سنة ١٩٢٠ ص ٥٣٧ مع تقرير المفوض «Corneille» .
(٢) المجموعة ص ٢٥٧ .

(٣) راجع تعليق جيز فى مجلة القانون العام سنة ١٩٤٨ ص ٢٥٩ ، وتعليق «P.H.» فى مجموعة مسرى سنة ١٩٤٧ القسم الثالث ص ١ . وراجع مطول دى لوبادير ، المرجع السابق ، ص ١٣٣ .

ويبدو من الأحكام القليلة الصادرة من المحكمة الادارية العليا حتى الآن أنها تأخذ بفكرة المركز النظامي للمتطوعين ، وهو المسلك القديم لمجلس الدولة الفرنسي : فهي في حكمها الصادر في ١٢ يوليو سنة ١٩٥٨ (السنة ٣ ص ١٦٠١) تقرّر أن العلاقة التي تربط من يتطوع للخدمة في الشرطة بالحكومة هي علاقة قانونية مؤقتة تحكمها القوانين واللوائح القائمة وقت بدء مدة التطوع أو أثناءها . وفي حكمها الصادر في ٢٨ مارس سنة ١٩٥٩ (السنة ٤ ص ١٠٢٣) قضت بأن « علاقة المدعى بمصلحة خفر السواحل ، وإن افتتحت بتمهيد يؤخذ عليه بالتطوع يعتمد من مديرها ، إلا أنها ليست علاقة عقدية ، فلا يسرى عليها قانون عقد العمل الفردي ، بل هي علاقة قانونية تنظمها القوانين واللوائح » . وأخيرا فقد جاء في حكمها الصادر في ١٩ مايو سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٨٥٨) أن « جميع عمال وعساكر مصلحة السواحل والمصايد وحرس الجمارك ، وأغلبهم من المتطوعين في خدمة تلك المصلحة ، وهم من الخدمة الخارجين عن هيئة العمال ، تطبق عليهم الأحكام الخاصة بهذه الفئة بقانون المصلحة المالية والتعليمات المالية من رقم ١ الصادر في أول مارس سنة ١٩١٠ الى رقم ٥٩ الصادر في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ ، ويطبق على مصلحة السواحل الملحقه بوزارة الحربية قانون الأحكام العسكرية الصادر في سنة ١٨٩٣ » .

الفرع الثاني

الادارة هي الملتزمة بالعمل

وهذا الفرض الثاني نادر عملا ، ولكنه غير مستحيل الوقوع . وصورته في فرنسا ، أن تتعهد الادارة بتوريد بعض العمال من المسجونين أو المعجوزين الى أحد الأفراد أو الشركات في مقابل أجر معلوم . ويطلقون على تلك العقود تسمية « Les contrats de main-d'oeuv »
vre pénitentiaires وقد يكون عمل المساجين داخل السجن أو خارجه :

«Contrats de main-d'oeuvre dans les prisons» العمل داخل السجن

وهذا هو الغالب في فرنسا . ويتصل الاتفاق في هذه الحالة عادة بعقد توريد أو أشغال عامة ، بأن تتمتع الادارة بأن تضع تحت يد المتعهد بالتوريد أو بالأشغال العامة العدد اللازم لانجاز العمل المتفق عليه . وكثيرا ما يعرض النزاع على مجلس الدولة الفرنسي بخصوص التأخير في تنفيذ العقد (التوريد أو الأشغال العامة) على أثر تدخل الادارة بانقاص عدد المسجونين الموضوعين تحت تصرف المتعهد أو المكاوول . ويجرى مجلس الدولة الفرنسي على القضاء باختصاصه بهذه المنازعات باعتبارها مترتبة على عقد اداري^(١) ، وإن حاول ردها الى بعض نصوص القانون .

«Contrats de main-d'oeuvre pénitentiaire à l'extérieur» العمل خارج السجن

وهذه الحالة نادرة ، وبمقتضاها تسلم الادارة عددا من العمال لمكاوول أو شركة للعمل في خارج السجن أو المعتقل ، سواء أكانوا من المساجين العاديين أو من أسرى الحرب . ويجرى المجلس هنا على اعتبار هذه الاتفاقات من قبيل العقود الادارية^(٢) .

(١) حكمه في ١٤ يناير سنة ١٩٢٩ في قضية «Galby» ص ٢٥ وفي ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢ في قضية «Durand et Poitevin» المجموعة ص ٦١٧ .
(٢) على سبيل المثال حكمه الصادر في ٢٨ يوليو سنة ١٩٥٢ في قضية «Cassan» المجموعة ص ٤٣٨ .

الفصل التاسع

عقود التمتع بالانتظام فى الدراسة وخدمة الدولة

كثير هذا النوع من العقود فى الآونة الأخيرة ، وأصدر القضاء الإدارى المصرى بصدده عشرات الأحكام ، التى تتضمن مبادئ فى العقود الإدارية من المستحسن اضافتها فى هذه الطبعة^(١) . فالمحكمة الإدارية العليا مستقرة على أن هذا التمتع الذى يقدمه الطالب أو وليه هو عقد ادارى . فهى فى حكمها الصادر فى ١٩٦٨/٢/٢٤ (مجموعة المبادئ المؤقتة ص ١٦٤) تقضى بصراحة بأن التمتع الصادر من المدعى عليها ، هو عقد ادارى توافرت فيه خصائص ومميزات العقود الادارية ، وبمقتضاها التزمت (المدعى عليها) بالتدريس لمدة خمس سنوات عقب اتمامها الدراسة ، وتضمنت شروطه النص على أنه فى حالة عدم قيامها بذلك لغير عذر مقبول ، تلتزم بأداء ما أنفق من مصروفات على تعليمها .

وذهبت المحكمة الإدارية العليا ، الى أن عقد الكفالة لا يشترط فيه الكتابة ، فهى فى حكمها الصادر فى ١٩٧٣/١٢/١٩ (مجموعة المبادئ المؤقتة ، ص ١٦٩) تقرر أنه « لما كان نجل المدعى عليه ، وقد تقدم للالتحاق بالدراسة الثانوية للبريد ، يكون فى الواقع قد قبل جميع ما نص عليه كل من القرار الجمهورى رقم ١٦٢٠ والقرار الوزارى رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٦١ المشار اليهما ، ويكون بذلك قد نشأ بينه وبين هيئة البريد عقد ادارى غير مكتوب اذ لا يشترط فى العقد الإدارى أن يكون مكتوباً دائماً . وبناءً على هذا العقد غير المكتوب التزم الطالب المذكور بجميع الالتزامات التى فرضها قرار رئيس الجمهورية وقرار وزير المواصلات سالف الذكر » وكررت المحكمة الإدارية العليا ذات المبدأ فى حكمها الصادر فى

(١) والطبعة التى سبقتها .

١٥/٢/١٩٧٥ (مجموعة المبادئ المؤقتة ، ص ١٧٦) وزادت على المبدأ السابق تأكيدها أن عقد الكفالة يكون سليما حتى ولو كان الطالب قاصرا ، وذلك اعمالا للمادة ٧٧٧ من القانون المدني التي نقص الأهلية ، كان ملتزما بتنفيذ الالتزام اذا لم ينفذه المدين نقص الأهلية ، كان ملتزما بتنفيذ الالتزام اذا لم ينفذه المدين المكفول ، ووضح أن المدعى عليه الثاني - وهو والد الطالب - كان يعلم بقصر ولده وأنه كفله لهذا السبب ، ومن ثم تصح مطالبته ويصح الرجوع عليه » .

وليس من الضروري ، وفقا لقضاء المحكمة الادارية العليا ، أن يكون الكفيل هو والد الطالب ، بل يجوز أن يكون شقيقه، ولا يشترط في هذه الحالة صدور قرار من المحكمة بالوصاية ، فالمحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ١٥/١١/١٩٧٥ (مجموعة المبادئ المؤقتة ، ص ١٧٨) تقرر أنه « متى كان البادئ أن المطعون ضده ، قد وقع الاقرار بصفته وصيا ونائبا عن شقيقه ، وكان هذا الأخير قد قدم هذا الاقرار عند التحاقه بدار المعلمين ، ولم ينكر على شقيقه هذه الصفة ... فان الاقرار المتقدم يكون قد صدر سليما ومن ثم منتجا لآثاره » بل وليس من الضروري أن يكون الكفيل والد الطالب أو وليا عليه أو وصيا ، مادام قد كفل الطالب ولم ينكر الطالب هذه الكفالة^(١) ، على أن المحكمة تشترط أن تكون الكفالة

(١) على أن قضاء المحكمة الادارية العليا في هذا المجال ليس مستقرا . فهي في حكمها الصادر في ١١/٣/١٩٧٢ (مجموعة المبادئ المؤقتة ، ص ١٨٢) تقرر « انه قد ثبت أن المدعى عليه الثاني ليس هو والد المدعى عليه الأول (الطالب) ولاوليه الطبيعي ، وقد خلت الأوراق مما يدل على أنه له أية صفة قانونية أخرى في التوقيع نيابة عنه على الاقرار محل المنازعة ، فان توقيمه على الاقرار المشار اليه بصفته والد المدعى عليه الأول وولييه الطبيعي لا يكون له أثر قانوني في حق هذا الأخير ... » .

كما أنها في حكمها الصادر في ١٨/٣/١٩٧٢ (ذات المجموعة ، ص ١٨٣) تؤكد أن توقيع الأم على الكفالة لا قيمة له لأن الولاية الطبيعية لا تكون الا للأب أو الجد ، أما الأم فلا تكون الا وصية على اولادها ، وليس في الأوراق ما يثبت صفة المدعى عليها الثانية (الأم) كوصية على ابنتها المدعى عليها الأولى ، وبذلك يكون التمهيد الذي وقعته بهذه الصفة ليست له أية قيمة قانونية !! » .

صريحة ، ولا لبس فيها ، فهي في حكمها الصادر في ١٩٧٥/٦/٢١ (المجموعة السابقة ص ١٨٤) تؤكد أن مجرد توقيع الوالد بجوار ابنته على التزامها بخدمة الدولة لمدة خمس سنوات لا يفيد بذاته كفالة المدعى عليها ، لأنه طبقا لحكم المادة ٧٧٣ من القانون المدني ، يجب أن يكون رضاء الكفيل بكفالة المدين رضاء واضحا لا غموض فيه . والا فان أثر التعهد ينصرف الى الطالب وحده ! وهذا القضاء يذهب في الأخذ بالشككية الى مدى بعيد ، لأن اشتراط توقيع الوالد أو الكفيل بجوار الطالب ينصرف أثره الى جميع الالتزامات التي يتحمل بها الطالب ، كما رأيت بحق الأحكام الأخرى التي أشرنا إليها .

ولمجلس الدولة قضاء غنى في خصوص محاولة التحلل من دفع المبالغ التي يتعهد الطالب بدفعها اذا أخل بالتزاماته المتولدة عن العقد :

فمن الأمور التي رفض القضاء الإداري اعتمادها كسبب يحل من الالتزامات بالدفع :

- تكرار الرسوب ليس بعذر يعفى من الدفع . « ان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن تكرار الرسوب في صف واحد ، لا يعتبر بذاته عذرا مقبولا يحل الطالبة أو ولي أمرها من التزامها بدفع مصروفات التعليم التي أنفقت على الطالبة خلال مدة دراستها اذا ما فصلت بسبب تقييها » - (حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٧٤/٥/١٨ ، مجموعة المبادئ المؤقتة ، ص ١٨٦ ، وبذات المعنى حكمها الصادر في ١٩٧٨/٣/٢ ، ذات المجموعة ، ص ١٨٧)

- ان التطوع في الجيش لا يعد سببا مقبولا للتحلل مع التعهد بالمواظبة على الدراسة « فلتن كان التطوع في الجيش شرفا لا يدانية شرف ، الا أنه ليس من الأسباب القانونية المسقطه للالتزام - والقول بأن التطوع بالجيش يعتبر سببا مقبولا يتحلل به المدين من التزامه ، قد يدفع بأى مديح الى التطوع في الجيش تنصلا من الوفاء بالتزاماته ،

ويصبح هذا الشرف وسيلة لتحقيق أهداف غير نبيلة وهي التحلل من الالتزامات . ومع المجافاة الصريحة للمبادئ القانونية أن يتخذ الانسان من عمله الاختياري مبررا للاخلال بالتزاماته » (المحكمة الادارية العليا في ١٩٦٨/٢/٣ ، المجموعة السابقة ، ص ١٨٨)
- واذا تمهد الطالب بمواصلة الدراسة في معهد معين (دار المعلمين بشبين الكوم) فتركه ليواصل الدراسة بمعهد مناظر في محافظة أخرى (كفر الشيخ) فانه يكون قد أخل بالتزامه « اذ أن لكل محافظة شخصيتها المعنوية المستقلة ، وميزانيتها الخاصة بها » .
(ادارية عليا في ١٩٧٢/٥/٢٠ المجموعة السابقة ، ص ١٨٩) .

- واذا انقطعت الطالبة المتعمدة بالعمل ، عقب تخرجها وتعيينها ، فانها تكون مسئولة ولا يسقط مسئوليتها بعد انقطاعها أن تبدى استعادتها للعودة الى العمل مرة أخرى ، ذلك أن مسئوليتها تثبت بمجرد الانقطاع « واعادتها الى عملها هو من قبيل التعيين الجديد الذي تترخص فيه الجهة الادارية بما تراه متفقا والصالح العام ، وحسن سير المرفق » (ادارية عليا في ١٩٧١/١١/٢٧ ذات المجموعة ، ص ١٩٠ . وبذات المعنى حكمها الصادر في ١٩٧١/٦/٢٦ ، ذات المجموعة ، ص ١٩١) .

- ولا يجدى الطالبة في اسقاط مسئوليتها ، الاستناد الى واقعة مرض والدتها وأنها انقطعت عن الدراسة لرعايتها (ادارية عليا في ١٩٧٤/٢/٢٣ ، ذات المجموعة ص ١٩٢) .

- وأنه اذا فصل العامل الملتزم بالخدمة مدة معينة لأخطاء ارتكبها ، فان التزامه بالدفن يظل قائما « لأنه حال بتصرقه الخاص دون استمراره في العمل وفاء للالتزام الملقى على عاتقه » . (ادارية عليا في ١٩٧٤/٣/٢٣ ذات المجموعة ، ص ١٩٤ ، وذات المبدأ في حكمها الصادر في ١٩٧٩/٦/٩ ذات المجموعة ، ص ١٩٦) .

- والتزام طالب الشرطة بأداء كامل الرسوم المقررة عليه اذا ترك خدمة الشرطة ، والتحق بعمل آخر ، التزام مصدره القانون

ولا تستطيع وزارة الداخلية الاعفاء منه كلياً أو جزئياً • (إدارية عليا في ٢٩ مارس سنة ١٩٨١ ، مجموعة أحكام المحكمة ، العدد الثاني ، ص ٨١٢) •

— وأن من يوفد في منحة تدريبية ، على أن يخدم الدولة مدة معينة يلتزم بأداة التمويل المقرر كاملاً ، ولا يخصم منه مقابل المدة التي قضاها في العمل بعد عودته من الخارج • (إدارية عليا في ١٩ ديسمبر سنة ١٩٨١ ، مجموعة أحكام المحكمة ، ص ١٣٨) •

وبدأت المعنى حكمها الصادر في ١٧ مايو سنة ١٩٨٦ (الطعن رقم ١٨٣ لسنة ٢٥ قضائية) وفيه تؤكد المحكمة أن « الالتزام الأصلي محله أداء الخدمة لمدة كلية محددة سلفاً ، وليس لمدة تستقل كل منها عن الأخرى ، بحيث تتكون من مجموعها المدة المتفق عليها ، والالتزام الأصلي غير قابل للتجزئة » •

وعلى العكس من ذلك قررت المحكمة الإدارية العليا :

— « ان التزام المدعى عليه بالتدريس ... يقابله بحكم اللزوم التزام يقع عاتق وزارة التربية والتعليم بتميينه في إحدى مدارسها فور تخرجه من كلية التربية أو بعد ذلك بمدة معقولة ... فإذا لم تقم الوزارة بتمكينه من تنفيذ ما التزم به ، أو تراخت في ذلك مدة غير معقولة ، فإنه لا تثريب على المدعى عليه الأول أن يتحلل هو الآخر من التزامه ، وأن يضرب صفحاً عن طلب جاءه بالتميين متأخراً بعد مضي مدة تزيد على السنة بعد اتمام دراسته » • (الإدارية العليا في ١٩٦٧/٩/٢ ، ذات المجموعة ، ص ١٩٨) •

— وأن التحاق طالب يقيم بسوهاج بمدرسة المعلمين العامة بسوهاج ، وتمهده بالاستمرار في الدراسة الى أن يتخرج ، وبأن يقوم بالتدريس مدة خمس سنوات بعد تخرجه ، هذا الالتزام يسقط اذا ألغيت الفرقة المقيد بها الطالب ، ونقل تلاميذها الى مدرسة المعلمين بأسسيوط ، لأن ذلك « يعتبر خروجاً من جهة الإدارة ، بارادتها المنفردة على شروط ما تعاقدت عليه ، يقابله حق الطالب

فى التحلل من التزامه بالاستمرار فى الدراسة » • (ادارية عليا
فى ١٩٧٢/١٢/٢ ، ذات المجموعة ، ص ٢٠١) •

— ومع حق الادارة ، والطالبة المتعمدة بالتدريس ، أن يعتبر
زواج الطالبة أثناء مرحلة الدراسة ، عذرا شرعيا يحول بينها وبين
اتمام الاتفاق ، يسقط عنها الالتزام بالدفع « وهذا التفسير الذى
اعتنقه الطرفان ، لا يخرج عن كونه كشافا عن النية المشتركة التى
التقى عندها الطرفان ، بحيث يعتبر العقد مفسرا على هذا الوجه
الذى تحتمله شروطه مكمله بقواعد العرف والعدالة ، ملزما لهما
مما فلا يجوز لأحدهما ، بإرادته المنفردة ، أن يخرج عنه ، أو أن
يعدل عنه الى تفسير آخر مخالف له • (ادارية عليا فى ١٩٦٨/٢/٢٤ ،
ذات المجموعة ص ٢٠٤) •

تلك هى أشهر العقود والاتفاقات التى تبرمها الادارة • ولكنها
ليست كل العقود الادارية ، ذلك أن أشخاص القانون العام قد تلجأ
الى ابرام عقود أخرى متنوعة ، ولو على خلاف المألوف ، وهى التى
يسمها الفقهاء « العقود الادارية غير المسماة » *«Les contrats administratifs innommés»* ومع أوضح الأمثلة على ذلك ، أن تتفق احدى كليات
الطب ، مع احدى المستشفيات الخاصة ، على أن تضع الأخيرة ، بعض
عنابرها ، بما فيها من مرضى ، تحت تصرف كلية الطب ، لأغراض
تدريسية وتدريبية لطلبتها • والقاعدة هى شرعية هذه الاتفاقات
ما دامت تستلزمها المصلحة العامة ، ويستوجبها حسن سير المرافق
العامة بانتظام واطراد • ويلجأ فى التعرف على طبيعتها الخاصة ،
الى المعيار العام الذى أوردناه فيما سبق •

الباب الرابع

قواعد الاختصاص في مجال العقود الادارية

١ - رأينا فيما سبق ، أن الارتباط وثيق بين فكرة العقد الادارى ، وبين قواعد الاختصاص بالفصل فى المنازعات المتعلقة بعقود الادارة : فحيثما كان الاختصاص للمحاكم القضائية ، طبقت قواعد القانون الخاص ، وطُرحت فكرة العقود الادارية ، والمكس • ولقد رأينا فيما سبق أيضا أن فكرة العقود الادارية بتحديد القانون قد بنيت على هذا الأساس •

ومن ثم فانه من الأهمية بمكان ، أن نرسم مع الآن ، المخطوط العامة فى تحديد قواعد الاختصاص بالمنازعات المتعلقة بالعقود الادارية •

٢ - وتتقضى المهمة السابقة أن ندرس الموضوع على النحو التالى :

أولا : رسم حدود الاختصاص بين المحاكم القضائية والمحاكم الادارية فى هذا المجال •

ثانيا : تحديد طبيعة اختصاص القضاء الادارى فى مجال المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية •

الفصل الأول

مدى اختصاص كل من جهتي القضاء في مجال عقود الادارة

١ - ذكرنا فيما سبق أن عقود الادارة لا تخضع كلها لنظام قانونى واحد ، وبالتالي فإن المنازعات المتعلقة بتلك العقود لا تدخل في اختصاص جهة قضائية واحدة ، على الأقل في الدول الآخذة بنظام القضاء الادارى . ولما كان نظام القضاء الادارى في الوقت الحاضر يقوم على أساس التخصص ، فإن المسلم به أن فكرة القانون واجب التطبيق هي الفصيل في تحديد الاختصاص . بمعنى أن الفصل في المنازعات المتعلقة بعقود الادارة الخاصة يكون لجهة القضاء العادى ، بينما يكون الاختصاص للقضاء الادارى في حالة العقود الادارية . والعقود الادارية في فرنسا تنتمى كما رأينا الى فئتين : فئة نص المشرع صراحة على اختصاص احدى الجهتين بالفصل في المنازعات المتعلقة بها ، وهى العقود الادارية (أو الخاصة) بتحديد القانون «par détermination de la loi» .

وقد رأينا أنه لا مقابل لهذه الحالة في مصر . وحسنا يفعل المشرع المصرى ، اذ جنينا كثيرا من الاشكالات الموجودة في فرنسا في الوقت الحاضر ، في الحالات التى لا تتفق فيها قواعد الاختصاص مع طبيعة العقد الذاتية ، مما حدا بمجلس الدولة الفرنسى الى الخروج على نصوص القوانين - صراحة أو تحت ستار التفسير - لكي يصل الى تحقيق الوضع القانونى السليم .

والفئة الثانية هي فئة العقود الادارية بطبيعتها ، وهى تلك التى تتوافر فيها العناصر الثلاثة التى شرحناها فيما سلف .

ومن ثم فإن المحاكم الادارية في مصر ، لا تختص بالفصل الا فى المنازعات المتعلقة بعقد ادارى بطبيعته . وكذلك الشأن فيما يتعلق بالمحاكم القضائية ، فهى لا تفصل الا فى المنازعات المتعلقة

بمقد من عقود القانون الخاص بطبيعته ، وان كان المشرع حرا في أن يخرج على هذه القاعدة بالنسبة الى عقد بعينه تحيط به اعتبارات خاصة ، ويديره المشرع لهذا السبب في اختصاص احدى المهنتين .

واذا كان دستور سنة ١٩٧١ قد نص في المادة ١٧٢ منه على أن « مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الادارية ، وفي الدعاوى التأديبية ، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى » ، فجعل بذلك مجلس الدولة صاحب الاختصاص العام في المنازعات الادارية ، فان المحكمة العليا الدستورية قد فسرت هذا النص - وبحق - على أنه لا يغل يد المشرع في الخروج على هذا الأصل لاعتبارات خاصة تقوم لديه . فهي في حكمها الصادر في ٢٩ يونية سنة ١٩٧٤ (في القضية رقم ٥ لسنة ٣ قضائية) تقرر - بعد أن استعرضت الأعمال التحضيرية لدستور سنة ١٩٧١ - أنه اذا كانت المادة ١٧٢ من الدستور تفيد تقرير الولاية العامة لمجلس الدولة على المنازعات الادارية بحيث يكون قاضي القانون العام بالنسبة الى هذه الدعاوى « . . . فلم يعد اختصاصه مقيدا بمسائل محدودة على سبيل الحصر كما كان منذ انشائه . وهذا لا يعنى غل يد المشرع عن اسناد الفصل في بعض المنازعات الادارية والدعاوى التأديبية الى جهات قضائية أخرى على أن يكون ذلك على سبيل الاستثناء من الأصل العام المقرر بالمادة ١٧٢ من الدستور وبالقدر وفي الحدود التي يقتضيها الصالح العام . وعلى هذا النحو يعمل المشرع التفويض المخول له بالمادة ١٦٧ من الدستور في شأن تحديد الهيئات القضائية واختصاصاتها وتنظيم طريقة تشكيلها مع مراعاة الأصل العام المقرر في المادة ١٧٢ من الدستور في شأن اختصاص مجلس الدولة بالفصل في المنازعات الادارية والدعاوى التأديبية باعتباره صاحب الولاية العامة على هذه الدعاوى وتلك المنازعات » .

٧ - واختصاص كل من المهنتين - في الأمور التي يتناولها اختصاصها - عام وشامل ، يتناول أصل النزاع وكل ما يتفرغ عنه

كما سنرى فيما بعد . ومع ذلك فيجب أن يشار في هذا الصدد الى استثنائين هامين هما :

أولا - فكرة المسائل الأولية : «La théories des questions préjudicielles»
التي يتعين الفصل فيها قبل الفصل في الموضوع : فإذا ما أثير أمام إحدى الجهتين - القضائية أو الادارية - عند التصدى للفصل في نزاع يدخل أصلا في اختصاصها ، نزاع يتعلق بمسألة أولية ، لا يمكن القضاء في موضوع النزاع الا بعد حسمها ، فانه يجب على هذه الجهة أن توقف الفصل في الموضوع ، وأن تحيل الى الجهة الأخرى للحصول على حكم في المسألة الأولية . ومثال ذلك أن يثار أمام المحاكم القضائية نزاع يتعلق بمدى صحة عقد ادارى ، أو بتفسير نص من نصوصه أو بمجال تطبيقه . . . الخ . فإذا ما قدرت المحكمة القضائية أن النزاع المثار له علاقة وثيقة بموضوع الدعوى ، اعتبرت تصفيته مسألة أولية وأحالت في شأنها الى جهة القضاء الادارى المختصة^(١) .

ومثال ذلك أيضا من الجهة الأخرى ، أن يثار أمام المحاكم الادارية - عند التصدى لموضوع يتعلق بعقد ادارى - نزاع ينصب على عقد من عقود القانون الخاص ، أو يتصل بموضوع مما يدخل في اختصاص المحاكم القضائية ، كالفصل في ملكية أو تفسير عقد من عقود القانون

(١) راجع حكم التنازع الصادر في ٢٤ يونية سنة ١٩٥٤ في قضية «Sirey»
المجموعة ص ٧١٤ . وقد جاء فيه :

«Par application de l'article 635 du code de commerce, l'autorité judiciaire est compétente pour statuer sur l'admission au passif d'une faillite ou d'une liquidation judiciaire d'une créance de l'Etat et sur le caractère privilégié ou chirographaire de cette créance, alors même que celle-ci aurait son origine dans un contrat administratif, sous la réserve, en pareille hypothèse, qu'en cas de contestation sur l'existence et le montant de la créance la question préjudicielle ainsi soulevée devrait être renvoyée à l'examen de la juridiction administrative».

وراجع حكم المجلس الصادر في ٢ أغسطس سنة ١٩٢٠ في قضية «Ville de Rennes»
المجموعة ص ٧٩٩ وفي ٧ مايو سنة ١٩٥٤ في قضية «Min Fin»
منشور في (Actual jur. 1954 II. p. 298).

المخاص ٠٠ الخ ٠ وهنا أيضا يجرى القضاء الإدارى على الاحالة الى
الجهة القضائية المختصة قبل الفصل فى الموضوع^(١) ٠

ولا شك أن هذه الفكرة تتصل بالأسس العامة التى تحكم نظام
المحاكم الادارية ، ونعنى بها فكرة التخصص ، لأن كل جهة أقدر على
الحكم فى الأمور التى تدخل أصلا فى اختصاصها ٠ واليها أشارت
المادتان ١٦ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ فى شأن السلطة
القضائية والمادة ١٢٩ من قانون المرافعات الجديد على النحو التالى :

المادة ١٦ من قانون السلطة القضائية : « اذا دفعت قضية
مرفوعة أمام المحاكم بدفع يثير نزاعا يختص بالفصل فيه جهة قضاء
أخرى ، وجب على المحكمة اذا رأت ضرورة الفصل فى الدفع قبل
الحكم فى موضوع الدعوى أن توقفها وتحدد للخصم الموجه اليه الدفع
ميعادا يستصدر فيه حكما نهائيا من الجهة المختصة ٠ فان لم تر لزوما
لذلك أخفقت الدفع وحكمت فى موضوع الدعوى ٠

وإذا قصر الخصم فى استصدار حكم نهائى فى الدفع فى المدة
المحددة كان للمحكمة أن تفصل فى الدعوى بحالتها » ٠

المادة ١٢٩ من قانون المرافعات (رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨) : « فى
غير الأحوال التى نص فيها القانون على وقف الدعوى وجوبا أو جوازا
يكون للمحكمة أن تأمر بوقفها كلما رأت تعليق حكمها فى موضوعها
على الفصل فى مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم ٠

وبمجرد زوال سبب الوقف يكون للخصوم تعجيل الدعوى » ٠

(١) جاء فى تقرير المفوض «Guénin» الذى قدمه فى قضية «Cons. Nougarets»
والذى صدر فيها حكم المجلس فى ٢٥ يناير سنة ١٩٥٢ (المجموعة ص) قوله :

«Le contrat d'abonnement n'est pas clair lui même. pour déterminer à qui il
attribue la propriété des éléments litigieux, il faudrait le confronter avec le devis
préalable, bref se livrer à une véritable et délicate interprétation de ce contrat. Or
pareille tâche excède votre compétence. Le contrat d'abonnement ... a beau avoir été
passé par l'administration de l'Algérie, il ne contient aucune clause extraordinaire,
aucune stipulation exorbitante de droit commun. C'est donc à l'autorité judiciaire
qu'il appartient selon une jurisprudence constante, d'en donner l'interprétation sur
un point douteux».

والمبادئ السابقة تقييد المحاكم القضائية بطبيعة الحال ، وتقييد القضاء الإدارى أيضاً حتى يصدر قانون الاجراءات الادارية الجديد ، وهى كما رأينا ، مجرد تطبيق للقواعد العامة فى ممارسة الاختصاص .

ثانيا - فكرة القرارات الادارية المنفصلة :

«La théorie des actes detachables»

سوف نرى أن عقود الادارة ، سواء أكانت مع عقود القانون العام أو الخاص تبرم - فى الغالب - بطريقة خاصة تقتضى فى كثير من مراحلها المختلفة صدور قرارات ادارية هى التى يطلق عليها القرارات الادارية المنفصلة . وهذه القرارات الادارية المنفصلة ، سواء أسهمت فى تكوين عقد خاص مع عقود الادارة أو عقد ادارى ، فإن الطعن فيها يكون أمام القضاء الإدارى بطبيعة الحال ، باعتباره جهة الاختصاص العام فى قضاء الالغاء .

٣ - والمسلم به من ناحية أخرى ، أن كل جهة مع جهتى القضاء مستقلة فى تقديرها عن الجهة الأخرى ، بمعنى أنه إذا رأت جهة القضاء الإدارى أن عقدا مع العقود ذات طبيعة ادارية ، فإن هذا النظر لا يلزم جهة القضاء العادى إذا ما عرض عليها الأمر . ونظرا لما يترتب على هذا الخلاف من نتائج بالغة الخطورة ، فإن المشرع - فى البلاد التى تأخذ بنظام ازدواج القضاء - ينشئ محكمة لتنازع الاختصاص ، للتحكيم بين الجهتين^(١) ، بحيث تلتزم كل من المحاكم القضائية والمحاكم الادارية بأحكام محكمة التنازع التى تصدر فى حالات تنازع الاختصاص الايجابية أو السلبية . ولقد تطور تشكيل هذه المحكمة فى مصر : فقد كانت تتولاها محكمة النقض ، ثم شكلت بطريقة مختلطة بمقتضى قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ . وأخيرا عهد بها المشرع الى المحكمة العليا (الدستورية)

(١) تراجع التفاصيل فى مؤلفنا (القضاء الإدارى) فى أى طبعة من طبعاته المتعددة .

بمقتضى قانون انشائها رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ، والذي حل محله القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ باصدار قانون المحكمة الدستورية العليا (الصادر فى ٦ سبتمبر) • ولقد سبق أن أشرنا الى حكم للمحكمة العليا صادر فى هذا الشأن ، حيث اختلفت جهتا القضاء العادى والادارى فى تكييف أحد المقود •

٤ - والمسلم به أن قواعد الاختصاص التى أشرنا اليها هى قواعد **أمرة** : «caractère impératif des règles de compétence» بالمرشح هو الذى يحددها ، كما أنها تتعلق بالنظام العام • ويترتب على ذلك نتائج خطيرة أهمها :

أولا : أن الادارة لا تستطيع أن تعدل فى قواعد الاختصاص عن طريق القرارات الادارية ، بل يتعين أن يتم ذلك بقانون ، وكل تعديل بأداة أقل منه ، يصبح غير مشروع • بهذا يجرى قضاء مجلس الدولة الفرنسى باستمرار • ومن ذلك على سبيل المثال حكمة الصادر فى ٣٠ يوليو سنة ١٩٤٩ فى قضية^(١) Syndicat intercommunal de Plombières-les-Dijon حيث يقول :

« ... Une telle modification des règles de compétence ne pouvait être légalement opérée par voie de règlement; par suit, et en l'absence de toute disposition législative autorisant une dérogation, il appartient ... au Conseil d'Etat de se prononcer sur le fond du litige dans la plénitude de leur juridiction ».

ثانيا : لما كانت قواعد الاختصاص تتعلق بالنظام العام ، فانه لا يجوز للادارة أن تتفق على خلافها مع المتعاقدين الآخر • ولكن يجب أن يميز فى هذا الخصوص بين قواعد الاختصاص النوعى ، الضابطة لتوزيع الاختصاص بين جهتى القضاء العادى والادارى ، أو فى نطاق إحدى الجهتى^(٢) وفى هذه الحالة يكون الاتفاق باطلا • ومن ثم فقد رأينا ، مدى أثر شرط الاختصاص على طبيعة المقد •

(١) المجموعة ص ٤٠٢ •

(٢) «Les règles d'attribution de compétence aux diverses catégories de tribunaux».

أما بالنسبة لقواعد الاختصاص المكانية «Les règles de compétence territoriale» فإن مجلس الدولة الفرنسى يتساهل فى الاتفاق على عكسها . وقد أقر المشرع الفرنسى هذا القضاء سنة ١٩٥٣^(١) .

ثالثا : ومما يتصل بهذا الموضوع أيضا مدى شرعية « شرط التحكيم » « La clause compromissoire » والاتفاق على التحكيم «compromis d'arbitrage» : والمسلم به فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى هو بطلان الشرط أو الاتفاق الا اذا أجازته المشرع صراحة^(٢) .
ولكن يجب أن يلاحظ فى هذا الخصوص ما يلى :

١ - هناك فرق بين شرط (أو اتفاق) التحكيم الذى هو ممنوع كقاعدة عامة ، وبين حق الادارة فى التصالح «de transiger» وهو ليس ممنوعا . وقد أقرت المحكمة الادارية العليا هذا المبدأ . ومن أحكامها فى هذا الصدد حكمها الصادر فى ١٠/٢/١٩٦٨ (مجموعة المبادئ ، ص ١٨٦٧) وفيه تؤكد أن الصلح لا يجوز فى حقوق الادارة ، « الا اذا كانت هذه الحقوق محسوبة بصفة نهائية ، وليست محلا للنزاع ، فعندئذ لا يجوز التنازل عنها الا طبقا لأحكام القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٨ فى شأن قواعد التصرف بالمجان فى المقارات المملوكة للدولة ، والنزول عن أموالها المنقولة . أما اذا كان الحق ذاته محلا للنزاع وخشيت الجهة الادارية أن تخسر الدعوى ، فلا تشريب عليها اذا ما لجأت الى فض هذا النزاع عن طريق الصلح » كما أن المحكمة تطبق حكم المادتين ٥٤٩ و ٥٥٢ فى خصوص مقومات عقد الصلح ، وتؤكد أن النص على أنه لا يثبت الصلح الا كتابة أو بمحضر رسمى وفقا للمادة ٥٥٢ ، انما قصد به مجرد الاثبات لا انمقاد الصلح فى ذاته (حكمها فى ١٠/٢/١٩٦٨ ، المجموعة ص ١٨٢١) وتقرر أن عبارات الصلح يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً

(١) دكرينو ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٣ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٢ يناير سنة ١٩٢٧ فى قضية «Debecky» المجموعة ص ٩٣ ، وفى ١٧ يوليو سنة ١٩٤٦ فى قضية «Min des T.P.» وفى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٨ فى قضية «Hospices de Montpellier» .

(حكمها في ١٧/٥/١٩٦٩ ، المجموعة ، ص ١٨٢٢) وأن النزاع إذا ما انقسم صلحا ، جاز لكل من المتصالحين أن يلزم الآخرين به ، ولا يجوز لأحدهم أن يمضى فى دعواه أو يثير النزاع أمام القضاء متجاهلا هذا الصلح ، والاجاز للمتصالح الآخر أن يطلب فسخ الصلح دون اخلال بحقه فى التمويض (حكمها فى ١٠/٢/١٩٦٨ ، المجموعة ، ص ١٨٢٢)

٢ - وثمة فارق أيضا بين التحكيم بآثاره القانونية المعروفة وبين اتفاق الادارة مع المتعاقد معها على احوالة موضوع خلافى الى أهل الخبرة «l'avis d'un expert» ولكن المسلم به فى هذه الحالة أن رأى الخبير ليس له أثر القرار الصادر فى التحكيم^(١) .

هذا ويجرى المشرع فى مصر على جواز فض المنازعات بين الدولة والغير عن طريق التحكيم (راجع على سبيل المثال فتوى قسم الرأى رقم ٥٦ فى ١٠/٢/١٩٥٤ ، مجموعة أبو شادى ، ص ١٨٨) .

كما أن المشرع نفسه لا يعبذ التقاضى باجراءاته الطويلة المعقدة ، وبما يكلفه من مشقة واضاعة للأموال ، على الأقل فى المنازعات بين الجهات الحكومية ، وبالنسبة للقطاع العام ، ولهذا نظم التحكيم فى المنازعات بين الوحدات الاقتصادية التابعة للقطاع العام فى القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ ، كما أنه أخرج المنازعات بين الجهات الحكومية من الاختصاص القضائى لمجلس الدولة ، وعهد بها الى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ، وجعل رأيا ملزما على النحو الذى نظمته المادة ٦٦ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ حيث تقرر :

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٧ مارس سنة ١٨٩٣ فى قضية «Cie du Nord» المجموعة ص ٢٤٥ وفى ٨ أبريل سنة ١٩٢١ فى قضية «Cie de N'Goke» المجموعة ص ٣٥١ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٥ فى قضية «Ville de Bergeres» مجموعة سنوى سنة ١٩٣٦ القسم الثالث ص ٦٥ مع تعليق البيير ، وفى ٢ يوليو سنة ١٩٤٣ فى قضية «Société Leprieux» المجموعة ص ١٧١ .

«تختص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بإبداء الرأى
مسببا فى المسائل والموضوعات الآتية : ...»

(د) المنازعات التى تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو
بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض .

ويكون رأى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى هذه
المنازعات ملزما للجانبين ...» وعلى هذا الأساس فإن أى نزاع بين
شخصين من أشخاص القانون العام ، أيا كان موضوعه ، لا يطرح على
القضاء ، بل تفصل فيه الجمعية العمومية المشار إليها . ويندرج فى
ذلك بطبيعة الحال المنازعات المتعلقة بعقود الادارة ، سواء كانت
عقودا اداريا أو من عقود الادارة التى لاتخضع للقانون العام .
ولكن من المسلمات أيضا أن الجمعية العمومية ، وهى مكونة أساسا من
مستشارى مجلس الدولة ، سوف تفصل فى هذه المنازعات مستهدية
بقواعد القانون العام . ومن ثم فإن نظرية العقد الادارى لن تفقد
قيمتها حتى فى هذا المجال .

الفصل الثانى

طبيعة اختصاص القضاء الادارى فى مجال المنازعات الادارية

من المعروف أن اختصاص القضاء الادارى يمكن رده بصفة عامة الى نوعين رئيسيين هما^(١) :

١ - القضاء الكامل «Le contentieux de pleine juridiction» أو قضاء التمويض •

٢ - قضاء الالغاء «Le contentieux de l'annulation» .

والمعروف أن سلطة قاضى الالغاء تقف عند الحكم بالغاء قرار معيب ، دون أن يوجه القاضى الى الادارة أوامر محددة بمعمل أو امتناع • أما القضاء الكامل فيخول القاضى تصفية النزاع كلية ، فيلغى القرارات المخالفة للقانون ان وجدت، ثم يرتب على ذلك نتائج كاملة من الناحية الايجابية أو السلبية • ومن هنا استمد هذا القضاء تسميته • والمسلم به أن قضاء العقود الادارية ينتمى أساسا الى القضاء الكامل ، ولكنه يثير بعض النواحي التى تتعلق بقضاء الالغاء على النحو التالى :

الفرع الأول

القضاء الكامل

١ - وهذا هو القضاء الأصل فيما يتعلق بالمنازعات التى تترتب على العقود الادارية • وقد ورد اختصاص القضاء الادارى المصرى

(١) يراجع فى التفصيل مؤلفنا (القضاء الادارى) فى أى من طبعاته المتعددة لاسيما الطبعة المطولة • وراجع الباب السادس من القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ (باصدار قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام) والذى نظم التحكيم فى المنازعات التى تقع بين شركات القطاع العام وبينها وبين الحكومة بالمعنى الواسع فى المواد ص ٦٠ الى ٧٢ منه •

بل ان المشرع فى ذات القانون قد أباح التحكيم بين شركات القطاع العام وبين غير الجهات الحكومية اذا قبله الأطراف بعد وقوع النزاع •
• وراجع القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٢ فى شأن هيئات القطاع العام وشركاته •

فى هذا الصدد مطلقا ، فلم تقيده المادة العاشرة من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بأى قيد اذ تقول : « تختص محاكم مجلس الدولة - دون غيرها - بالفصل فى المسائل الآتية : ٠٠٠ - حادى عشر : المنازعات الخاصة بمقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد ادارى آخر » . ولقد استعرضنا فيما سبق تطور صياغة هذه المادة ، وهى متشابهة منذ سنة ١٩٥٥ . وقد جرت محكمة القضاء الادارى على تفسير هذا النص تفسيراً واسعاً . ومن أوضح أحكامها فى هذا الخصوص ، وأكثرها تفصيلاً ، حكمها الصادر فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٦^(١) والذى استعرضت فيه تطور اختصاص مجلس الدولة المصرى فى مجال المقود الادارية ، ثم شرحت اختصاصه فى ظل القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ بقولها : « وبهذا النص (المادة العاشرة من القانون المشار اليه) لم يعد اختصاص محكمة القضاء الادارى مقصوراً على صحة أو بطلان القرارات الادارية التى تصدر فى شأن هذه العملية المركبة ، بل امتد الاختصاص لكل ما يتعلق بالعملية (عملية التعاقد) ابتداء من أول اجراء فى تكوينها الى آخر نتيجة فى تصفية كافة العلاقات والحقوق والالتزامات التى نشأت عنها . وأصبح اختصاص محكمة القضاء الادارى بنظر المنازعات الخاصة بجميع المقود الادارية اختصاصاً مطلقاً وشاملاً لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها ، وبهذه المثابة تنظر المحكمة ما يكون قد صدر بشأن تلك المقود من اجراءات أو قرارات وذلك باعتبارها من العناصر المتفرعة عن المنازعة الأصلية فى حدود اختصاصها الكامل بالنسبة الى هذه المنازعات طالما لم يسقط أصل الحق بمضى المدة ، ذلك لأن واضح التشريع أراد أن يجعل لمحكمة القضاء الادارى ولاية القضاء الكامل فى عناصرها العملية بأسرها ، يستوى فى ذلك ما يتخذ صور قرار ادارى وما لا يتخذ هذه الصورة طالما توافرت فيه حقيقة التعاقد الادارى . وعلى هذا النحو يكون لمحكمة القضاء الادارى فى هذه المنازعات أن تفصل فى القرارات الادارية التى

(١) القضية رقم ١١٨٠ لسنة ١٠ قضائية ، السيد/ السيد أحمد فرج ابراهيم ضد وزارة الصحة ومدير مستشفى الأمراض العقلية .

تتمثل بعملية ابرام العقد بمقتضى ولايتها الكاملة دون حاجة الى أن تقتصر فى شأنها على الالغاء ، ويكون لها تفريعا على ذلك أن تراقب مطابقة القرار للقانون وأن تتجاوز هذا الحد الى رقابة الواقع .

« ومع حيث انه على مقتضى ما تقدم ، فانه متى توافرت فى المنازعة حقيقة العقد الادارى ، سواء أكانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه ، فانها كلها تدخل فى نطاق ولاية القضاء الكامل ، دون ولاية الالغاء ... »^(١) .

٢ - وتتخذ الدعوى فى هذه الحالات التى أشار اليها الحكم صورا شتى :

(أ) فقد تستهدف الدعوى بطلان العقد «action en nullité» وذلك لميب فى تكوينه . ففى هذه الحالة - وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى وهو ما يتعين الأخذ به فى مصر- ليس للمتعاقد الذى يريد أن يتوصل الى الغاء العقد الا سبيل القضاء الكامل ، لأن القاعدة المسلم بها ، والتى سوف نشرحها فيما بعد ، تقوم على أن دعوى الالغاء لا توجه الى العقود الادارية . وهذه الدعوى لا يمكن لغیر المتعاقد أن يرفعها بطبيعة الحال ، لأن الأجنبى عن العقد - كما تقول محكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٦^(٢) - « ... لا يجوز له الا ان يطعن بالالغاء لأنه أجنبى ليس للعقد فى مواجهته أية قوة فى الالتزام » .

(ب) وقد تستهدف الدعوى الحصول على مبالغ مالية «reclamations pecuniaires» وذلك اما فى صورة ثمن أو أجر متفق عليه فى العقد ، أو تعويض عن أضرار تسبب فيها الطرف المتعاقد أو لأى سبب آخر

(١) وراجع حكمها الصادر فى ٢٤ مارس سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٢٢) وقد جاء فيه أيضا : « فاذا كانت محكمة القضاء الادارى هى المختصة دون غيرها بالنظر فى المنازعات الناشئة عن عقد الاستثمار وهو عقد ادارى ... كانت المحكمة مختصة بما تفرع عن هذا العقد كالكفالة فى المنازعة المطروحة » .

(٢) سبقت الإشارة اليه -

مع الأسباب التي سنعرض لها تفصيلا فيما بعد ، والتي تؤدي الى الحكم بمبلغ مع المال .

(ج) دعوى ابطال بعض التصرفات الصادرة من الادارة على خلاف التزاماتها التعاقدية : « action en annulation » فإذا صدر من الادارة تصرف على خلاف التزاماتها التعاقدية ، فان للمتعاقد الآخر أن يحصل على حكم بابطال تلك التصرفات عن طريق القضاء الكامل ، لأنه لا يستطيع - كما ذكرنا - أن يلجأ الى قضاء الالغاء^(١) . وتحفظ دعواه في هذه الحالة بصفتها تلك - من حيث انها تنتمي الى القضاء الكامل - حتى ولو اقتضرت على طلب الفاء قرار اداري أصدرته الادارة بصفتها متعاقدة . ولهذا أثره الخطير فيما يتعلق بأجراءات التقاضي ومدده لاختلاف كل من قضائي الالغاء والتمويض عن الآخر في ذلك الخصوص . وهذا ما فصلته محكمة القضاء الاداري المصرية في حكمها الصادر في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٦ حيث تقول : « . . . أما ما يصدر من القرارات تنفيذا للعقد ، كالقرارات الخاصة بجزاء من الجزاءات التعاقدية أو بفسخ العقد أو إنهائه أو الفائه فهذه كلها تدخل في منطقة العقد وتنشأ عنه ، فهي منازعات حقوقية ، وتكون محللا للظن على أساس استبعاد ولاية القضاء الكامل ، فيفصل فيها على نحو لا يختلف عن ولاية القضاء المدني المادى عندما كان يفصل - في حدود اختصاصه - في منازعات العقود التي تبرمها الحكومة مع الأفراد باعتبارها من أعمال الادارة الصرف وتخضع فيها لسلطة المحاكم العادية أسوة بالارتباطات القانونية بين الأفراد وبعضهم » . وبتطبيق المبدأ السابق على موضوع المنازعة ، وهو يتعلق بقرار صادر بفسخ عقد توريد ومصادرة التأمين الذي دفعه المتهم ، قالت : « كما أن القرار الصادر بفسخ العقد ومصادرة التأمين . . . هذا القرار صادر تنفيذا للعقد واستنادا الى نصوصه ، فهو كما سبق البيان من القرارات التي لا تدخل في نطاق قضاء الالغاء ، بل في نطاق ولاية القضاء الكامل . . . » وفي حكم آخر صادر في ٢٧ يناير سنة

(١) باعتباره امتدادا بطبيعة المال وكما سنرى فيما بعد .

١٩٥٧^(١) تقول في موضوع مماثل : « ومن حيث انه يبين من مساق الوقائع ... أن الحكومة استندت في الغاء العقد المبرم بينها وبين المدعى الى المادة ٦١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ ، الخاص بالناجم والمعاجر والى البند الثالث عشر من العقد نفسه ، فإذا كان الالغاء مستندا الى نص القانون فقط وبالتطبيق لأحكامه ، كان القرار الصادر بالالغاء قرارا اداريا ويطعن فيه أمام محكمة القضاء الادارى بدعوى الالغاء ويدخل في نطاقها ، ويرد عليه وقف التنفيذ الخاص بالقرارات الادارية . أما اذا كان الغاء العقد مستندا الى نصوص العقد نفسه وتنفيذا له ، فان المنازعة بشأنه تكون محلا للطعن أمام محكمة القضاء الادارى على أساس استبعاد الولاية الكاملة لهذا القضاء^(٢) ... » .

ويترتب على هذا التكييف كما ذكرنا ، ألا تتقيد دعوى الابطال هذه بمدد دعوى الالغاء . وهذا ما قطعت فيه المحكمة صراحة في حكمها الصادر في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (القضية رقم ٢٨٤ لسنة ٨ قضائية^(٣)) بخصوص طلب ابطال القرارات الصادرة من الادارة بالاستيلاء على الأدوات والمهمات المملوكة للمقاوم والموجودة في مكان العمل ، حيث تقول : « ... هذا القرار صدر تنفيذا للعقد واستنادا الى نصوصه ، فهو كما سبق البيان من القرارات التي لا تدخل المنازعة في شأنه في نطاق قضاء الالغاء ، بل في نطاق القضاء الكامل . ومن ثم كان الدفع بعدم قبول الدعوى لرقعها بعد الميعاد في غير محله

(١) القضية رقم ١٩٨ لسنة ١١ قضائية ، الشيخ حامد ابراهيم الشيخ ضد وزارة الصناعة ومدير مصلحة المناجم ووزارة المالية .

(٢) وراجع حكمها الصادر في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٧ (الستتان ١٢ و ١٣ ص ٣٦) حيث تؤكد أن القرار الذي تصدره جهة الادارة استنادا الى نصوص العقد الادارى يسحب العمل من التعاقد معها لا يعتبر قرارا اداريا عاديا بل هو اجراء تماقدي . ومن ثم فلا يخضع للأحكام العامة الخاصة بالغاء القرارات الادارية قضائيا ، وبطلب وقف تنفيذهما ، بل يدخل في ولاية القضاء الكامل للمحكمة

(٣) السيد/ فتحى عباس القيسارى ضد وزارة الشؤون البلدية والقروية القضاء الادارى .

« ٠٠٠ » كما أنها فى حكمها الصادر فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٥٩ (س ١٤ ص ٦) تؤكد وجوب التفرقة بين طلب وقف التنفيذ المتعلق بقرار ادارى فى قضاء الالفاء ، وطلب وقف التنفيذ المتفرع عن منازعة تتعلق بمقد ادارى . ففى الحالة الأولى يرتبط وقف التنفيذ بطلب الالفاء ، ويتقيد بالمدة المقررة لوقف التنفيذ . أما فى الحالة الثانية فان « ٠٠٠ » الطلب المستعجل فى نطاق القضاء الكامل يتحرر من القيد ، ويستقل بجانبه الزمنى طالما تكاملت أسبابه » .

(د) واخيرا فقد تستهدفى الدعوى فسخ العقد «action en resiliation» ذلك أن المتعاقد له أن يطالب بفسخ عقده فى حدود معينة سنعرض لها تفصيلا فى حينها ، ودعواه فى هذا الصدد تندرج فى نطاق القضاء الكامل أيضا .

٣- ولا يقتصر اختصاص محكمة القضاء الادارى على المنازعات المتعلقة مباشرة بالعقد ، سواء فى تكوينه أو تنفيذه أو انتهائه ، بل يمتد اختصاصها الى كل ما يتفرع عن ذلك . وعلى هذا الأساس قضت المحكمة باختصاصها :

(١) بالنظر فى جميع الطلبات المستعجلة المتعلقة بالمقود الادارية . وقد بررت اختصاصها على النحو التالى : « ومن حيث ان المادة العاشرة من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ وقد جملت اختصاص محكمة القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات الخاصة بالمقود الادارية اختصاصا مطلقا شاملا لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها ، أصبحت هى وحدها قاضى العقد ، ولم تعد هناك جهة قضائية أخرى لها ولاية الفصل فى شئ من هذه المنازعات على الوجه السابق ببيانه ، فان هذا التنظيم القضائى يجعل اختصاص محكمة القضاء الادارى بالفصل فى الطلبات المستعجلة متفرعا من اختصاصها بنظر الموضوع الأصلى . وما دامت مختصة بنظر الأصل ، فهى مختصة بنظر الفرع أى فى الطلب المستعجل دون أن يحتج أمامها بأن الفصل فيه يمس أصل الحق أو موضوع النزاع ، لأنها وحدها مختصة

بالفصل في هذا الموضوع . وما هو جدير بالذكر في هذا الصدد أن الفقرة الأخيرة من المادة ٤٩ من قانون المرافعات التي نظمت اختصاص القضاء المستعجل في المحاكم العادية نصت في فقرتها الأخيرة على اختصاص محكمة الموضوع أيضا بالفصل في الطلبات المستعجلة إذا رفعت إليها بطريق التبعية . فإذا كان هذا هو الشأن في المحاكم العادية ، فإنه أولى بالاتباع في نظام القضاء الإداري ، تأسيسا على قاعدة أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع . وغاية الأمر أن المحكمة تفصل في الطلب المستعجل في الحدود والضوابط المقررة للفصل في الطلبات المستعجلة ، فتتظر أولا في توافر الاستعجال على حسب الحالة المروضة والحق المطلوب المحافظة عليه ، ثم تستظهر جدية الأسباب أو عدم جديتها بالنسبة إليها في ظاهرها فتعكم على مقتضى هذا النظر حكمها المؤقت في الوجه المسجل للنزاع باتخاذ الاجراء المطلوب أو رفضه دون المساس بالناحية الموضوعية للنزاع ، وهو الذي تفصل فيه المحكمة بعد ذلك فصلا نهائيا على مقتضى ما تتبينه من دلائل موضوعية يقدمها كل من طرفي الخصومة »^(١) .

ومن ثم فإن المحكمة مختصة بالفصل - بصفة مستعجلة - في وقف تنفيذ القرار الصادر بفسخ عقد توريد ، وهو الموضوع الذي صدر بخصوصه الحكم السابق .

كما تختص بالحكم بتعيين حارس إذا اقتضى الأمر ذلك ، لأن « . . المنازعة الادارية المطروحة عليها في شأن اقامة حارس لبيع السيارات التي استولت عليها البلدية لسحب الالتزام من المدعى عليه تتصل بالحقوق التي يدعيها كل من مانح الالتزام والملتزم على هذه السيارات باعتبارها من أدوات المرفق موضوع عقد الالتزام »^(٢) .

كما تختص بالفصل في طلب وقف تنفيذ القرار الصادر باستيلاء الحكومة على الأدوات والمهمات المملوكة للمتعاقدين الموجودة

(١) حكم المجلس في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٦ وقد سبقت الإشارة اليه .

(٢) حكم المجلس في ٢٤ يناير سنة ١٩٥٦ ، السنة العاشرة ، ص ١٦٣ .

فى محل العمل ، لأن المنازعة « ... تتعلق بمعد أشغال عامة وهو مع العقود الادارية التى تختص بها هذه المحكمة^(١) » .

(ب) كذلك قضت المحكمة باختصاصها بالفصل فى طلب التعويض عن حجز الملتزم لبعض العربات التى قضت هيئة التحكيم بأنها ملك للبلدية بقولها : « ومن حيث أن اختصاص محكمة القضاء الادارى بنظر المنازعات المتعلقة بالمعقود كما أوردته المادة العاشرة ... هو اختصاص مطلق شامل لأصل تلك المنازعات ولجميع ما يتفرع عنها (الى آخر الصيغة التفصيلية التى سبق ذكرها فى أكثر مع حكم) ... ومن حيث أن دعوى البلدية تقوم على المطالبة بتعويض عما لحقها مع خسارة بسبب عدم انتفاعها بالسيارات المحكوم بملكيتها لها بناء على التزام النقل بالسيارات وبقائها تحت يد الشركة المدعى عليها بسوء نية تنتفع هى بها ، ولم تقم بتسليمها تنفيذا للحكم الصادر من هيئة التحكيم بأيلولة ملكية هذه السيارات للحكومة وتسليمها لها تنفيذا لشروط عقد الالتزام » .

ومن حيث أن المنازعة على هذا الوجه انما تستند الى عقد الالتزام الذى يوجب تسليم السيارات عقب انتهاء مدة الالتزام ، وهى مرحلة من مراحل تصفية العلاقات والحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد ومرتبطة به ارتباطاً وثيقاً « ... » (٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٦ القضية رقم ٤٢٧٩ لسنة ٩ قضائية^(٢)) كما قضت فى حكمها الصادر فى ٢٤ مارس سنة ١٩٦٠ (سبق) بأن اختصاصها بالمنازعات المتعلقة بمعقود الاستثمار ، وهو عقد ادارى ، يمتد الى الكفالة فى المنازعة المطروحة .

(ج) وأخيراً فقد جاء فى حكم المجلس الصادر فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٦ ، أن مقتضى كون اختصاص محكمة القضاء الادارى فى مجال العقود الادارية ، مطلقاً ، شاملاً لأصل النزاع وما يتفرع عنه

(١) حكمها الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ وقد سبقت الإشارة اليه .

(٢) بلدية القاهرة ضد شركة أتوبيس اخوان مقار .

« ٠٠٠ أن يكون للمحكمة ولاية القضاء كاملة ، حتى يتسنى لها أداء رسالتها ومباشرة اختصاصها ، فلها تطبيق الأحكام الواردة في الباب الحادى عشر من الكتاب الأول من قانون المرافعات والمتعلقة بالأوامر التى تصدر على عريضة أحد الخصوم » وقانون مجلس الدولة - على التفصيل السابق - يسمح من حيث المبدأ بتطبيق هذه الأحكام كإجراء من الاجراءات التى تتبعها محكمة القضاء الادارى طالما أنه لم يمنع ذلك منعا صريحا « ٠٠٠ »

(د) وأقرت المحكمة الادارية العليا هذا القضاء فى حكمها الصادر فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٥٤٩) حيث تؤكد أن محكمة القضاء الادارى ، لما كانت مختصة بالفصل فى أصل النزاع ، فإنها تختص تبعا : « بالفصل فيما يتفرع عن هذه المنازعات من أمور مستعجلة » ومن ثم يدخل فى اختصاصها النظر فى طلب ندم خبير فى شأن نزاع قام بخصوص العقد الادارى المبرم بين المدعى وبين هيئة المواصلات السلوكية واللاسلكية «

٤ - على أنه يجب أن نذكر ملحوظتين أساسيتين فى هذا الخصوص:
الأولى : أن الاختصاص بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالمعقود الادارية كان حتى سنة ١٩٧٢ معقودا لمحكمة القضاء الادارى دون غيرها من جهات القضاء الادارى المصرية ، وبالتالى لم تكن أية جهة قضائية أخرى تختص بالنظر فى هذه المنازعات أو ما يتفرع عنها الا بنص تشريعى صريح . وبهذا المعنى صدر حكم المحكمة الادارية العليا فى ١٣ مايو سنة ١٩٦١ (السنة ٦ ، ص ١٠٤٠) فبعد أن أوضحت أن العقد المبرم مع الطالب المتطوع فى الجيش الموفد فى البعثة ، وعقد كفيله « هما عقدان ادريان توافرت فيهما خصائص ومميزات العقود الادارية لأن القصد منهما تسيير مرفق عام ، هو مرفق الجيش ، ولأنهما يتضمنان شروطا غير معروفة فى القانون الخاص » أستطردت تقول انه لا اختصاص للمحكمة الادارية بنظر الناء قرار ايجاد الطالب المتطوع فى الجيش فى البعثة

وملاحظته بالنفقات الدراسية بالتضامن مع الكفيل ، على أساس أن المنازعة تتعلق بمقدين إداريين .

أما في ظل قانون مجلس الدولة الحالي ، رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، فإن المشرع قد أدخل تعديلا في هذا الصدد ، إذ جعل المحاكم الإدارية مختصة بالفصل في المنازعا الإدارية « متى كانت قيمة المنازعة لا تجاوز خمسمائة جنية » (الفقرة الثالثة من المادة ١٤ من القانون) وهذا الاختصاص المستحدث يشمل أصل النزاع وما يتفرع عنه . وبهذا النص المستحدث أصبحت المنازعات المتعلقة بالمعقود الإدارية غير مقصورة على محكمة القضاء الإداري كما كان أن الشأن من قبل ، ولكنها أصبحت شركة بين المحاكم الإدارية وبين محكمة القضاء الإداري . ولكن من المعلوم أن أحكام المحاكم الإدارية قابلة للاستئناف جميعها أمام محكمة القضاء الإداري ، مما ييسر لهذه المحكمة أن توحد أحكام المنازعات الإدارية ، وتبث الانسجام بينها ، تحت رقابة المحكمة الإدارية العليا بطبيعة الحال .

الثانية : أن استقلال كل من جهتي القضاء (المادي والإداري) بتكليف العقد ، ينعكس على المنازعات المتفرعة عنه ، وعلى الطلبات المستعجلة المتعلقة به . وعلى هذا الأساس يمكن الالتجاء - في نظرنا - إلى قضاء الأمور المستعجلة بالنسبة إلى المسائل المتفرعة عن عقود الإدارة والتي ليست لها الصفة الإدارية باستمرار ، كمعقود الامتياز والأشغال العامة ، وذلك انتظارا للفصل في الموضوع ، والذي يقرر على مهل ، خصوصا إذا وضعنا في اعتبارنا أن المحاكم الإدارية المختصة لم تنتشر في جميع الأقاليم ، وقد تقوم دواع مستعجلة تقتضي اتخاذ إجراء سريع لا علاقة له بالموضوع ، كاثبات حالة مثلا . كل ذلك في انتظار انشاء القضاء الإداري الكامل - الذي توزع محاكمه على جميع أقليم الدولة - وإصدار قانون الاجراءات الإدارية .

ولقد وجدنا تطبيقا لهذه الحالة في حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٦ أبريل سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٧٦٦) حيث نفذت

احدى الشركات عملية لحساب احدى البلديات . وبعد التسليم اكتشف فى العملية عيب ترتب عليه هبوط المجارى . فرقت البلدية المعنية دعوى مستعجلة لاثبات حالة الهبوط ، وقبلتها المحكمة المستعجلة ، وهو تطبيق عملي للحالة الافتراضية التى شرحناها .

الفرع الثانى

قضاء الالفاء فى مجال العقود الادارية

١ - ذكرنا أن قضاء العقود الادارية ومسئولية الادارة عن أعمالها غير التعاقدية ، يكون المجال الأصيل للقضاء الكامل . وبالتالي فان مجال قضاء الالفاء فى نطاق العقود الادارية محدود . والمتتبع لقضاء مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص يجد أن ذلك القضاء يقوم على مبدأين أصيلين :

الأول : أن دعوى الالفاء لا يمكن أن توجه الى العقود ، ذلك أن من شروط قبول دعوى الالفاء أن توجه الدعوى الى قرار ادارى ، ولكنها لا يمكن أن توجه الى عقد من العقود ، لأن العقد هو توافق ارادتين ، بينما القرار هو تعبير عن ارادة الادارة بمفردها^(١) .

وذلك لا يعنى بحال من الأحوال عدم امكان ابطال العقد ، وانما مجال ذلك - كما رأينا - هو القضاء الكامل . ويترتب على ذلك نتيجة هامة ، وهى أن ابطال العقد - على هذا الأساس - لا يمكن أن يصل اليه الا أحد أطرافه ، لأنه ليس لغير الطرفين المتعاقدين أن يرفع دعوى تستند الى العقد . ومن ناحية أخرى فان شروط الدعوى تختلف فى الحالتين : والخلاف فى فرنسا أظهر فيما يتعلق باجراءات كل من الدعويين ، ولكنه لا يظهر فى مصر الا من ناحية شرط المصلحة ، ذلك أن هذا الشرط يفسر بغاية الاتساع فى نطاق دعوى الالفاء . أما فى مجال القضاء الكامل فانه يؤخذ بمعنى ضيق^(٢) .

(١) فى التفاصيل « القضاء الادارى » فى أى من طبعاته المديدة لا سيما المطول .

الثاني : أنه في مجال قضاء الالفاء لا يمكن الاستناد الى مخالفة الادارة لالتزاماتها التعاقدية كسبب من الأسباب التي تجيز طلب الفاء القرار الادارى . فدعوى الالفاء هي جزاء لمبدأ المشروعية «*sanction de la légalité*» والالتزامات المترتبة على العقود الادارية هي التزامات شخصية^(١) . «*obligations subjectives*»

٢ - وبالرغم من الاطلاق الذي قد يستشف من القاعدتين السابقتين ، فان مجلس الدولة الفرنسى قد أفسح مكانا محدودا للاستثناء منهما في حالتين تتميزان بخصائص ذاتية هما حالتا :

أولا : القرارات الادارية المنفصلة عن عملية التعاقد .

ثانيا : طعون المستفيدين في حالة عقود الامتياز .

ونمرض لدراسة هاتين الحالتين على التوالى :

١ - § الغاء القرارات الادارية المنفصلة

لا تتمتع الادارة - كما سنرى فيما بعد - بذات الحرية التي يتمتع بها الأفراد في ابرام عقودهم . ومن ثم فانها تلتزم في معظم الحالات بأن تتبع طريقا مرسوما لكي تصل الى اختيار المتعاقد معها ، سواء أكان العقد من عقود القانون الخاص أو من العقود الادارية . ويحدث أن تصدر من الادارة - وهى بسبيل التعاقد - قرارات ادارية تستهدف التمهيد لابرام العقد أو السماح بابرامه أو تحول دون ابرامه . . . الخ كما سنرى تفصيلا فيما بعد . وهذه القرارات - كما هو واضح - ليست بغاية في ذاتها ، ولكنها تندمج في عملية

(١) حاول بعض الفقهاء الدفاع عن وجهة النظر العكسية ، مثال ذلك المعيد بونار ، تعليقته المنشور في مجموعة سبرى سنة ١٩٣٠ القسم الثالث ص ٥٧ ، ولكن مجلس الدولة يرفض ذلك ويجرى قضاؤه على المبدأ الذي أقرنا اليه في المتن : على سبيل المثال حكمه الصادر في ٩ يناير سنة ١٩٢٩ في قضية «*Société thermale de Benoit*» المجموعة ص ٢٨ وفي ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٥ في قضية «*Benoit*» المجموعة ص ١٠٢٧ .

التعاقد . فهل تعتبر جزءا من التعاقد ، وتندرج بالتالى فى قضاء العقود أى القضاء الكامل ؟ أم تعامل على أساس كيانها الذاتى ، ومن ثم يجوز الطعن فيها استقلالا عن عملية التعاقد ؟! لقد أخذ مجلس الدولة الفرنسى فى وقت من الأوقات بالمسلك الأول . ولكنه عدل عنه منذ أمد طويل . وبمسلك مجلس الدولة الفرنسى الجديد أخذ مجلس الدولة المصرى من أول الأمر ، وما يزال يعتنق هذا القضاء كما سنرى .

على أنه قد يصدر من الادارة قرارات ادارية أخرى ، يصدق عليها الحكم السابق ، ولكنها لا تتعلق بإبرام العقد ، بل يكون لها أثرها على العقد بعد إبرامه . وحينئذ يكون للمتعاقد أن يطعن فى هذه القرارات بالالغاء ، وفيما يلى نعرض للحالتين .

أولا : طلب الغاء القرارات الادارية المنفصلة

المقدم من غير المتعاقد

١ - تستهدف الطائفة الأولى من القرارات المنفصلة «actes detachables» كما ذكرنا - العمل على اتمام التعاقد أو الحيلولة دون اتمامه ، ويكون الطعن فيها لغير المتعاقد ، لأن سبيل المتعاقد هو القضاء الكامل أمام قاضى العقد . أما غير المتعاقد فلا يمكنه أن يلجأ الى قاضى العقد ، ومن ثم فقد فتح له باب قضاء الالغاء . وهذا ما أخذ به مجلس الدولة المصرى منذ مدة . ومن أقدم أحكامه فى هذا الخصوص حكمه الصادر فى ١٩٤٧/١١/٢٥ والذى يقول فيه : « ومن حيث انه مما يجب التنبيه اليه أن من العمليات التى تباشرها الادارة ما قد يكون مركبا له جانبان أحدهما تعاقدى بحث تختص به المحكمة المدنية ، والآخر ادارى يجب أن تسير فيه الادارة على مقتضى النظام الادارى المقرر لذلك ، فتصدر بهذا الخصوص قرارات من جانب واحد ، تتوافر فيها جميع خصائص القرارات الادارية تتصل بالمقد من ناحية الاذن به أو إبرامه ، أو اعتماده ، فتختص محكمة القضاء الادارى بالغاء هذه القرارات اذا وقعت مخالفة للقوانين أو (م - ١٤ العقود الادارية)

اللوائح ، وذلك دون أن يكون لالغائها مساس بذات العقد الذى يظل قائما بحالته إلى أن تفصل المحكمة المدنية فى المنازعة المتعلقة به»^(١).

ومن أوضح أحكام محكمة القضاء الإدارى فى هذا الخصوص حكمها الصادر فى ٨ يناير سنة ١٩٥٦ (س ١٠ ص ١٣٥) والذى يقول : « والمحكمة ترى فى تحليل العملية القانونية التى تنتهى بأبرام العقد الى الأجزاء المكونة له أن القرارات السابقة أو اللاحقة على العقد كوضع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة وقرارات لجنة البت والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة هى بغير منازع قرارات إدارية منفصلة عن العقد ومن ثم يجوز الطعن فيها بالالغاء بسبب تجاوز السلطة . ويمكن المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليها ان كان لهذا التعويض محل . أما العقد ذاته فان المنازعة بشأنه تدخل فى اختصاص هذه المحكمة بحسب طبيعة العقد والاختصاص المعقود للقضاء الإدارى ، فالقرار المطعون فيه الصادر من مصلحة الاذاعة بإرساء مزاد توزيع مجلتي الاذاعة المصرية وكايرو كولنج على شركتى التوزيع المصرية انما هو قرار إدارى صادر من جانب واحد هو جهة الادارة بناء على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح ... » .

٢ - وإذا كنا قد درسنا فكرة القرار الإدارى المنفصل مع العقد الإدارى ، فان تلك الفكرة أوسع مدى ، لأنها ليست مقصورة على العملية التعاقدية ، وانما تدخل فى كل عملية مركبة سواء انتهت بالتعاقد أو بغيره ، مثل اجراءات نزع الملكية ، أو التعيين فى الوظائف العامة عن طريق المسابقات العامة ، أو اجراءات الانتخابات المحلية ... الخ فمجلس الدولة فى فرنسا يجرى باستمرار على جواز فصل القرارات التى تسهم فى تكوين تلك العمليات ، والطعن فيها استقلالا عن طريق دعوى الالغاء .

ولكن الطعن فى القرار الإدارى المنفصل عن طريق دعوى الالغاء ،

(١) مجموعة أحكام المجلس ، السنة الثانية س ١٠٤ .

فى حالة العقود الادارية ، يتميز بنتيجة أساسية ، بالغة الخطورة ، تنحصر فى أثر الالغاء على العقد الادارى : فالمسلم به أن الغاء القرارات الادارية المنفصلة يؤدى الى بطلان ما يترتب عليها من نتائج لأن ما يبنى على باطل فهو باطل . ولكن مجلس الدولة الفرنسى يجرى باستمرار ، ومنذ أمد بعيد ، على أن الغاء القرارات المنفصلة فى حالة العقود الادارية وحدها لا يمكن أن يؤدى بذاته الى إلغاء العقد ، بل يبقى العقد سليما وناظدا حتى يتمسك أحد أطرافه بالحكم الصادر بالالغاء - بناء على الأثر المطلق لحكم الالغاء - أمام قاضى العقد ، سواء أكان العقد خاصا أو اداريا ، وحينئذ يجوز لقاضى العقد أن يحكم بالغائه استنادا الى سبق الغاء القرارات الادارية المنفصلة والتي ساهمت فى اتمام عملية التعاقد . والحكم الرئيسى لمجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد هو حكمه الصادر فى ٤ أغسطس سنة ١٩٠٥ فى قضية «Martin» ^(١) وقد صور المفوض روميو تلك الحالة فى مذكرته بهذا الخصوص حيث يقول مخاطبا مستشارى المجلس : « اننا لا ننكر أن قيمة الالغاء فى هذه الحالة نظرية «platoniques» فالادارة تستطيع أن تصحح الوضع بأجراء لاحق ، وقد يبقى العقد برغم الالغاء اذا لم يتقدم أحد المتعاقدين الى قاضى الموضوع بطلب فسخ العقد . ولكن هذه النتيجة يجب ألا تدهشكم أو تبعث التردد فى نفوسكم ، فأنتم تعلمون تماما أن دعوى الالغاء فى بعض الحالات لا تؤدى الا الى نتائج نظرية . فليس على قاضى لالغاء الا أن يبحث فيما اذا كان القرار المطعون فيه يجب أو لا يجب أن يلغى ، دون أن يهتم بما يترتب على هذا الالغاء من نتائج سلبية أو ايجابية . فإذا صححت الادارة الوضع القانونى بأجراء لاحق ، فان هذا يحمل فى طياته أسمى آيات الاحترام لحكمكم . أما اذا صمم الطرفان على الاحتفاظ بالعقد رغم حكم الالغاء ، فسيكون لهذا الحكم دائما أثر هام يتركز فى أنه أعلن حكم القانون ، ولم يفلق أبواب المحكمة فى وجه مواطن يستعمل رخصة قد خوله اياها القانون

(١) - مجموعة سبرى سنة ١٩٠٦ - القسم الثالث ، ص ٤٩ .

لكي يراقب قرارات الادارة ، وانه قد نور الرأى العام بحيث يمتنع فى المستقبل العودة الى هذه التصرفات الخاطئة ، وهذا يتفق بصفة قاطعة مع تقاليد قضائكم المستنير ، ومستلزمات الديمقراطية المنظمة .»

ولقد أقر مجلس الدولة المصرى من تاريخ بعيد نسبيا هذه النتائج التى نادى بها المفوض روميو ، وأقرها مجلس الدولة الفرنسى ، وذلك فى حكمه الصادر فى ١٩٤٧/١١/٢٥ ، والذى سبقت الاشارة اليه . فبعد أن أقر مبدأ جواز الطعن فى القرارات الادارية المنفصلة التى تساهم فى تكوين العملية التعاقدية على النحو الذى ذكرناه فيما سبق ، استطرده قائلا : « ومن حيث انه لا يقدح فيما تقدم ما قد يخيل بادىء الرأى من أن الطعن بالالفاء يكون فى مثل هذه الحالة غير مجد ما دام لا ينتهى الى الغاء العقد ذاته ، وذلك لأن مناط الاختصاص هو ما اذا كان ثمة قرار ادارى يجوز أن يكون محلا للطعن بالالفاء أم لا . فحيثما يمكن فصل مثل هذا القرار من العملية المركبة ، فإن طلب الغائه يكون والحالة هذه من اختصاص محكمة القضاء الادارى . على أن وجه المصلحة فى الطعن ظاهر ، اذا لوحظ أن قرار الفناء قد يكون محل تقدير المحكمة المدنية (أو الادارية) كما أن الأغيار الذين لا يستطيعون الطعن فى العقد مدنيا لفقدان الحق الذى يخولهم ذلك على اعتبار أنهم ليسوا أطرافا فى العقد ، يمكنهم الطعن بالالفاء فى القرار الادارى المتصل به ، متى كانت لهم مصلحة شخصية ومباشرة فى هذا الطعن . وقد يؤدى الغاء القرار الادارى الى تسوية الأمر على نحو يحقق مصلحتهم .»

ولقد ثبتت المحكمة الادارية العليا هذا القضاء باستمرار ، ومن ذلك على سبيل المثال حكمها الصادر فى ١٩٧٥/٤/٥ (مجموعة المبادئ المؤقتة ، ص ١٦) حيث تقول : « ينبغي التمييز فى مقام التكيف بين العقد الذى تبرمه الادارة ، وبين الاجراءات التى يمهدها لابرام هذا العقد . . . فان من هذه الاجراءات ما يتم بقرار من

السلطة الادارية المختصة . . . ومثل هذه القرارات يجوز لذى الشأن الطعن فيها بالالغاء استقلالا » .

٣ - ولقد سبق أن ذكرنا أن اختصاص القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالمقود الادارية يستتبع الفصل فى أصل النزاع وجميع ما يتفرع عنه . وعلى هذا الأساس قضى المجلس باختصاصه بالفصل فى المنازعات المستعجلة المتعلقة بموضوع النزاع . فاذا أصدرت الادارة قرارا اداريا منفصلا ، فانه يجوز الطعن فيه كما ذكرنا استقلالا ، فهل يجوز طلب وقف تنفيذه بصفة مستعجلة ؟ يبدو أنه من المتعين الاجابة بالايجاب بناء على المقدمات التى ذكرناها . ولكن الادارة أرادت أن تستمد من قضاء مجلس الدولة السابق ، من حيث انه لا أثر للحكم بالالغاء - فيما لو صدر - على موضوع العقد ، حجة تستند اليها فى استبعاد قضايا وقف تنفيذ القرارات الادارية المنفصلة من اختصاص المجلس ، بحجة أنه لا مصلحة لرافع الدعوى فى طلب وقف التنفيذ ، فى حالة ما اذا كان العقد قد أبرم . وقد ردت محكمة القضاء الادارى المصرية على هذه الدعوى ، فى حكمها الصادر فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٦^(١) حيث تقول : « . . . ومن حيث انه لا حجة فيما يقال فى هذا الصدد من أن جهة الادارة تصاقت مع من رست عليه المناقصة مما يبدو معه لأول وهلة أن الطعن بالالغاء يكون فى مثل هذه الحالة عديم الجدوى ما دام لا ينتهى الى الغاء العقد ذاته مما ينتفى معه ركن المصلحة فى الدعوى ، أو أن طلب وقف التنفيذ انما يهدف الى منع الادارة من تنفيذ قرار ارساء المناقصة والتعاقد مع الراسى عليه العطاء . فاذا كان التعاقد قد تم - كما هو الشأن فى هذه الدعوى الحالية - فلن يعود الحكم بغائده على المدعى ، اذ أن الحكم يوقف التنفيذ لا يمس موضوع الدعوى ، وما دام هدف المدعى لا يتحقق فان مصلحته تكون معدومة . . . لا حجة فى هذا كله لأن مبادرة جهة الادارة الى اتخاذ

(١) القضية رقم ١٧٥٣ لسنة ١٠ قضائية ، السيد علي محمد عزت ضد وزارة الصحة .

اجراء من شأنه اقرار الوضع المخالف للقانون أو تنفيذ القرار الادارى المطعون فيه لا يحول دون طلب الغاء القرار ، ولا يمضيه من الالغاء لسبب من أسباب عدم المشروعية ، إذ أن قاضى الالغاء لا يبحث إلا فيما إذا كان القرار المطعون فيه يجب أو لا يجب أن يلغى دون أن يهتم بما يترتب على هذا الالغاء من نتائج سلبية أو ايجابية . كما أن شرط توافر المصلحة فى الدعوى يتأكد بوجود هذه المصلحة بالفعل ولا يدور وجودا وعدما مع تصرف الادارة على نحو معين تتخذة ذريعة للدفع بانعدام المصلحة ، والقول بغير ذلك فيه خلط بين تحديد آثار الالغاء ، وبين وجود المصلحة فى طلب الالغاء ، فإذا صح أن الغاء القرار الادارى فى الحالة المفروضة لا يؤدى الى اهدار العلاقة التعاقدية التى نشأت عنه ، الا أن هذا لا ينفى وجود المصلحة فى طلب الغاء هذا القرار ، إذ من المحتمل أن يؤدى الحكم الذى يصدر بالالغاء الى فسخ أو تصحيح الوضع تأسيسا على عدم ابقاء على تصرف يقوم على قرار حكم بالفائه ، وعلى أنه مما يتعارض مع المنطق أن يلغى قرار ارساء المناقصة ثم يظل الاجراء المترتب عليه (وهو ابرام العقد) قائما . على أن لطالب الالغاء مصلحة مؤكدة فى أنه بناء على حكم الالغاء يستطيع أن يحصل على تمويض من جهة الادارة . يضاف الى ما تقدم أن القول بانعدام المصلحة فى طلب الغاء قرار ارساء المناقصة ما دام الالغاء لا ينتهى الى الغاء التعاقد الذى تم . . . هذا القول ينتهى الى نتيجة شاذة وهى أن يستفلق باب الطعن فى القرارات الادارية التى تصدر فى المرحلة الأولى من مراحل عملية المناقصة بدعوى انعدام المصلحة فى الفائتها بعد ابرام العقد ، فى حين أن هذه القرارات يجوز الطعن فيها استقلالا ، هذا الى أن ابرام العقد ليس سوى مرحلة من مراحل تنفيذ عملية المناقصة ، فإذا طعن بالالغاء فى أحد القرارات الادارية السابقة على ابرام العقد ، ومع ذلك أبرم العقد ، فإن ذلك لا يخرج عن أنه تنفيذ لقرار ادارى مطعون فيه بالالغاء ، وهذا التنفيذ لا يمنع من الحكم بالالغاء كما سبق البيان . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فانه لما كان طلب وقف التنفيذ ليس الا عرضا للجانب الحاد من المنازعة الموضوعية بطلب الالغاء ،

فانه يترتب على قبول طلب الالغاء أن يكون طلب وقف التنفيذ بدوره مقبولا وبغير اعتداد في هذا الشأن بقيام الادارة بتنفيذ القرار محل الطعن ، لأن التنفيذ هنا تصرف من جانب الادارة مردود عليها ، والاستناد اليه في الدفع بانعدام المصلحة معناه أن في مكتنة الادارة دائما أن تضع القضاء أما الأمر الواقع وتمطل مهمته ، وهو ما يهدر الرقابة القضائية ذاتها » .

٤ - والواقع أن قراءة هذه الفقرات المطولة من الحكم السابق ، تكشف عما في موقف القضاء - سواء في فرنسا أو في مصر - من تناقض : فالقرار المنفصل ، والذي يحكم بالفائه ، هو مرحلة من مراحل العملية المركبة ، ويترتب عليه سلامة العملية كلها . وبالتالي فان ابطال القرارات الادارية المنفصلة يؤدي الى ابطال ما يترتب عليها . ولم يستثن المجلس من هذه القاعدة الا حالة أن تنتهي العملية المركبة بمقد . وهذا الاستثناء لم يعد له ما يبرره في الوقت الحاضر^(١) ، فالحقيقة أن مسلك مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص يرجع الى أسباب تاريخية مقصورة على فرنسا ، فقد كان سببه قاعدة عدم قبول دعوى الالغاء اذا وجد طريق طعن مقابل (أو مواز) «recours parallèle» فلما بدأ المجلس يتخلى عنها ، فعل ذلك تدريجيا ، فالغى القرار الذي كان أساسا للمقد دون أن يتصدى للمقد . ولهذا فأننا نرى أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي هو بمثابة فترة انتقال ، ولا محل لأن نتقيد به في مصر ، لأنه - كما يقول مجلس الدولة المصري في حكمه السابق - « ... مما يتعارض مع المنطق أن يلغى قرار ارساء المناقصة ثم يظل الاجراء المترتب عليه (وهو ابرام العقد) قائما .. » . ولهذا فقد رأينا الفقهاء الحديثين في فرنسا ينادون بضرورة تخلي مجلس الدولة الفرنسي عن قضائه السابق : فالفقيه بيكينو ، في رسالته عن

(١) تراجع التفصيل في مؤلفنا « القضاء الادارى » .

« النظرية العامة للمعقد الإداري »^(١) يرى أن القضاء السابق غير منطقي ، وأنه يمتنع على القضاء الإداري إلغاء المعقد المبني على قرار حكم بالفائه ، لأن عدم مشروعية القرار يسرى إلى المعقد المبني عليه . وقد اقترح ، إذا لم يقبل القضاء هذا الحل الأصيل ، أن يسلك في هذا الصدد ، المسلك الذي كثيرا ما يلجأ إليه في مجال الوظيفة العامة ، فيحيل الأمر إلى الإدارة لتعمل حكم القانون ، أي تعمل على إلغاء المعقد .

أما الفقيه «Weill» فإنه في رسالته الهامة بعنوان : « نتائج إلغاء القرار الإداري لميب تجاوز السلطة »^(٢) يرى أن فصل القرارات الإدارية التي تساهم في تكوين العملية المركبة إنما يقصد به مجرد قبول دعوى الإلغاء . أما عند النظر إلى شرعية العملية برمتها، فيجب أن ينظر إلى العملية ككل لا يتجزأ . « tout indivisible » فيبطل المعقد إذا بطل أي قرار كان أساسا لإصداره .

ويبدو أن مجلس الدولة الفرنسي قد بدل يسير في هذا الاتجاه ، ولا أدل على ذلك من حكمه الصادر في أو مارس سنة ١٩٥٤ في قضية «Société l'Energie industrielle»^(٣) ، ففي هذا الحكم قضى المجلس بأن إلغاء القرار الصادر بالتصديق على عقد امتياز ، يجعل طلب التفسير المقدم إلى المجلس بعد ذلك غير ذي موضوع ، لأن الشروط الواردة في المعقد لا يمكن تنفيذها ، بالرغم من أنه لا الإدارة ولا

(١) طبعة سنة ١٩٤٥ ص ٥٨٣ ، حيث يقول :

«Le resultat le plus clair de cette doctrine c'est de laisser subsister l'illegalité dans l'acte qui s'exécute et doit encore produire des effets dans l'avenir. Né serait-il pas plus logique ... de permettre au juge d'annuler le contrat qui porte vraiment l'illegalité ... A défaut de cette solution radicale mais aussi la plus logique, on a proposé au juge d'user ici de la procédure qu'il a instituée dans le contentieux de la fonction publique en renvoyant l'affaire devant l'autorité compétente, pour faire ce que de droit».

«Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir thèse Paris. 1952. (٢)

(٣) المجموعة ص ٦٦ ، وراجع الفقرة الأخيرة من الحكم والتي تقول :

«Bien que ni le concédant ni la concessionnaire n'aient demandé au juge de constater qu'en l'absence d'acte définitif de concession la convention n'avait pas fait naître les droits qui résultent d'une concession».

المتعاقد معها قد طلب أمام قاضى العقد ترتيب الآثار التى تتولد عن الحكم الصادر بالانقضاء .

هذا ولقد سبق لقسم الرأى مجتمعا أن أبدى رأيا مقاربا فى فتواه رقم ٦٨٤ الصادر بتاريخ ١٣/١٢/ سنة ١٩٥١ (مجموعة أبو شادى ، ص ٧٤٤) حيث يقول « من المقرر فى القانون الادارى أن العقد يتم على مرحلتين الأولى تتم فيها الأعمال التمهيدية ، والثانية يتم فيها ابرام العقد . والأعمال التمهيدية من وضع شروط المناقصة والاعلان عنها ، وتلقى العطاءات المقدمة فيها وتحقيق شروط المناقصة ثم المفاضلة بين العطاءات فإرسال المناقصة بمد ذلك يكون بقرارات ادارية تتخذها جهة الادارة للأفصاح عن ارادتها هى وحدها دون غيرها . فكل ما يصدر من هذه القرارات يجب أن تسير فيه جهة الادارة على مقتضى التنظيم الادارى المقرر لذلك » . ثم استطردت الفتوى تقول : « وبما أنه يشترط لصحة القرار الادارى أن يكون صادرا من سلطة ادارية لها الحق فى اصداره ، ويعتبر الاخلال بذلك موجبا لبطالان التصرف . وبما أن مدير معمل تكرير البترول الأميرى بالسويس غير مختص باصدار قرارات ادارية تفصح عن ارادة مصلحة المناجم فى احداث أثر قانونى ، ذلك أن المختص فى هذه الحالة هو مدير مصلحة المناجم لشئون الوقود ، ولم يصدر منه قرار بقبول عطاء الشركة ، ومع ثم لا يكون ثمة عقد قد انعقد بينها وبين المصلحة » .

ثانيا - طلب الغاء القرارات الادارية المنفصلة

المقدم من المتعاقد

١ - هل يجوز للمتعاقد أن يطلب الغاء القرارات الادارية المنفصلة على النحو الذى رأيناه بالنسبة الى الغير ؟! هذا التساؤل يفترض أن تكون عملية التعاقد قد تمت وتعاقدت الادارة مع أحد الأفراد ، ثم تبين لهذا المتعاقد أن بعض القرارات التى أسهمت فى تكوين العقد ، كانت غير مشروعة .

وتذهب الأغلبية الى أن المتعاقد ليس أمامه الا سبيل واحد هو قاضى العقد ، يحسم بمقتضى سلطة القضاء الكامل جميع المنازعات المتعلقة بالعقد ، وبالتالي فان المتعاقد - اذا حاول أن يطرق باب قضاء الالفاء - فسيواجه بالدفع المبني على فكرة « الدعوى الموازية »^(١) . ولكن الأستاذ دى لوبادير يرى أن قضاء المجلس لا يؤيد الرأى السابق ، لأنه سمح للمتعاقد بأن يطعن فى القرار المنفصل بدعوى الالفاء^(٢) . والواقع أن التجاء المتعاقد الى دعوى الالفاء لطلب الغاء القرارات المنفصلة التى ساهمت فى تكوين العقد محل نظر : فالتجاء المتعاقد اليها لا يكون بطبيعة الحال الا بعد ابرام العقد ، وحينئذ لا يكون للمتعاقد مصلحة فى الالتجاء الى قضاء الالفاء - حتى لو صرفنا النظر عن فكرة طريق الطعن الموازى والتى نرى أنه لا محل لها فى مصر^(٣) - لأن القضاء الكامل أجدى بالنسبة اليه من قضاء الالفاء ، لأنه لو حصل على حكم بالغاء القرار الادارى المنفصل فانه يتعين عليه بعد ذلك أن يعود مرة أخرى الى قاضى العقد لكى يرتب له النتيجة التى تترتب على الحكم بالالفاء . ومن ثم فانه يكون من الأفضل له أن يلجأ الى قاضى العقد مباشرة . واذا كانت المزايا التى أحاط المشرع بها دعوى الالفاء فى فرنسا قد تدفع المتعاقد الى انتهاج طريق الالفاء ، فانه لا شيء من ذلك فى مصر . ولهذا فاننا نرى أن دعوى المتعاقد فى الحالات السابقة تدخل فى اختصاص قاضى العقد بمقتضى ولاية القضاء الكاملة .

(١) بهذا المعنى البيير ، مؤلفه عن الرقابة القضائية ، ص ١٦١ ، وراجع تعليق النقيه جيز فى مجلة القانون العام سنة ١٩٥٤ ص ٢٦٠ ، وتقرير المفوض «Mosset» الذى قدم بمناسبة حكم المجلس الصادر فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٤ فى قضية «Syndicat de raffinerie de Soufre français» مجموعة «R.P.D., A. 1955, p. 2» وتقرير المفوض «Chardeau» فى قضية «Société des grands travaux de Marseille» والذى صدر فيها الحكم فى ٦ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة «Actual jur. 1955. II, p. 327» (٢) من الأحكام الحديثة نسبيا التى أوردتها فى هذا الخصوص حكم المجلس الصادر فى ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ فى قضية «Département de la Creuse» وحكمه فى ٤ فبراير سنة ١٩٥٥ فى قضية «Ville de Savernes» ، مطوله السابق ، ص ٣٢٩ (الجزء الثالث) .

(٣) مطولنا فى القضاء الادارى ، المرجع السابق ، حيث درسنا هذه الفكرة بالتفصيل .

٧ - ولكن المتعاقد يسترد حقه في الالتجاء الى قضاء الالفاء اذا ما صدرت من الادارة قرارات غير مشروعة بصفة أخرى ، أى لم تستند في اصدارها الى صفتها كمعتاقدة ، فحينئذ يكون للمتعاقد ، كسائر المواطنين ، أن يطلب الفاء تلك القرارات اذا ما استوفى شرط المصلحة ، وكان القرار المطلوب الفأؤه غير مشروع . وهذه القرارات لن تكون ذات علاقة مباشرة بالمقد ، والا لانطبق ما سبق ذكره بالنسبة الى القرارات التي أشرنا اليها أولا . ومن أوضح الأمثلة على ذلك من قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن تصدر الادارة - بناء على سلطات البوليس - قرارات ادارية يكون لها أثرها على المتعاقد . فلو أن الادارة أصدرت تلك القرارات باعتبارها الطرف الآخر في العقد ، وبناء على حقها في التدخل والاشراف على تنفيذ المتباقد لالتزاماته ، لتعين على المتعاقد أن يسلك سبيل القضاء الكامل ؛ أما اذا استندت الادارة في اصدار قراراتها الى صفة أخرى ، فلا سبيل للطعن في هذه الحالة الا عن طريق دعوى الالفاء .

ولقد وضع مجلس الدولة الفرنسي أساس التفرقة السابقة في حكمه الشهير الصادر في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٧ في قضية «Grandes Compagnies» حيث فرق المفوض «Tardieu» في هذا الصدد بين حالتين : حالة صدور القرارات الادارية استنادا الى الشروط الواردة في دفاتر الشروط ، وحينئذ يتعين على الشركات المتعاقدة والطرف الآخر في الدعوى أن تطرق باب القضاء الكامل ، أمام قاضى العقد المختص . أما اذا صدرت القرارات المطعون فيها استنادا الى القوانين واللوائح ، فان لتلك الشركات أن تلجأ الى قضاء الالفاء للحكم على مشروعية قرارات الادارة في ذاتها ، وبغض النظر عن العقد وأحكامه^(١) .

وقد أتبع لمحكمة القضاء الادارى المصرية أن توصل هذا الموضوع

(١) «Quand l'Etat invoquera les pouvoirs de police pour imposer aux compagnies des obligations nouvelles, la légalité de ces prescriptions devra être examinée elle-même, abstraction faite du contrat; c'est par la voie du recours pour excès de pouvoir que les compagnies devront attaquer ces actes d'autorité».

على نحو مماثل في حكمها الصادر في ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ١٦٧ لسنة ١١ قضائية وقد سبقت الاشارة اليها) حيث تقول : « ٠٠ فاذا كان الالفاء (الفاء العقد) مستندا الى نص القانون فقط وبالتطبيق لأحكامه كان القرار الصادر بالالفاء قرارا اداريا ويطعن فيه أمام محكمة القضاء الادارى بدعوى الالفاء ويدخل فى نطاقها ، ويرد عليه طلب وقف التنفيذ الخاص بالقرارات الادارية ، أما اذا كان الفاء العقد مستندا الى نصوص العقد نفسه وتنفيذا له ، فان المنازعة بشأنه تكون محللا للطعن أمام محكمة القضاء الادارى على أساس استعداء الولاية الكاملة لهذا القضاء ٠٠٠ » .

٢ - § طعون المستفيدين فى حالة عقود الامتياز

١ - ذكرنا فيما سبق أنه لا يمكن الاستناد الى شروط عقد من العقود توصلنا الى الفاء قرار ادارى ، بحجة أن القرار الادارى لا يتفق وشروط العقد . وذكرنا أن مرجع هذه القاعدة ، الى أن قضاء الالفاء انما يستهدف المحافظة على قواعد المشروعية ، فى حين أن العقود لا تولد الا التزامات شخصية ، يؤدى الاخلال بها الى اثاره القضاء الكامل على التفصيل السابق .

ومع ذلك فان القضاء التقليدى لمجلس الدولة الفرنسى ، والذي وضع أساسه فى حكمه المشهور فى قضية «Syndicat Croix-de-Seguey» والتي صدر الحكم فيها فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٦^(١) ، قد خرج على القاعدة السابقة ، وأجاز للمستفيدين فى حالة امتياز المرافق العامة أن يطعنوا بالالفاء فى القرارات التى تصدر من الادارة - فى علاقتها مع الملتزم - وتتضمن الاخلال بشروط عقد الامتياز التى تبين كيفية أداء الخدمة للمتضمنين .

والتبرير الغالب الذى عليه معظم الفقهاء فى فرنسا وفى مصر يرجع هذا الاستثناء الى الطبيعة اللائحية لبعض الشروط الواردة

(١) مجموعة مبرى سنة ١٩٠٧ القسم الثالث من ٣٣ مع تقرير المفوض روبيو وتعليق هوريو .

فى عقد الامتياز • فلقد رأينا عند دراسة عقد الامتياز أن الشروط الواردة به ، والتى تنظم كيفية أداء الخدمة للمنتفعين ، هى شروط لها طبيعة اللائحة الادارية ، وبالتالى فان خروج الادارة أو الملتزم عليها لا يتضمن مجرد اخلال بالتزام شخصى مرجعه الى العقد ، بل انه ينطوى على مخالفة للقاعدة اللائحية الواردة فى العقد ، مما يجعل القرار غير مشروع • فاذا ما خرج الملتزم على القواعد الواردة بعقد امتيازہ والتى تنظم كيفية أداء الخدمة للمنتفعين ، فان لكل ذى مصلحة أن يردہ الى نطاق المشروعية بالطريقة التالية : يتقدم المنتفع الى الجهة الادارية المختصة طالبا منها أن تتدخل بناء على سلطاتها الادارية لتجبر الملتزم على احترام شروط العقد • فاذا رفضت الادارة التدخل صراحة أو ضمنا ، حق للمستفيد أن يطلع فى هذا القرار أمام قاضى الالفاء ، ويكون القرار غير مشروع اذا ثبت فعلا أن الملتزم لم يحترم شروط العقد •

ولقد حاول بعض الفقهاء فى فرنسا التشكيك فى الأساس السابق ، وحاولوا الاستعاضة عن فكرة الطبيعة اللائحية للشروط المنظمة للخدمة والواردة فى عقود الامتياز ، بالاستناد الى طبيعة العقد الادارى ذاته • ومن هذا القبيل الفقيه بيكينو ، والذى يقول فى رسالته عن العقود الادارية ما يلى^(١) :

«C'est donc bien le contrat administratif, avec sa nature particulière qui n'est ni contractuelle ni réglementaire, qui fonde les droits des tiers à attaquer par la voie du recours pour excès de pouvoir les actes d'exécution pris en violation du contrat».

وقد أخذ بهذا الرأى بعض من تناولوا هذا الموضوع بالدراسة من الفقهاء المصريين^(٢) •

(١) ص ٥٨٥ •

(٢) الدكتور ثروت بدوى ، وقد جاء فى رسالته التى اشرنا اليها فيما سلف قوله فى ص ٤٨ :

«La théorie qui base le pouvoir modificateur sur un prétendu caractère réglementaire de certaines dispositions du cahier des charges est inexacte, aussi sur le plan théorique qu'au point de vue droit positif».

على أن أحكام مجلس الدولة المصرى فى هذا الصدد قاطعة ، ومن أوضحتها صياغة ، الحكم الصادر من محكمة القضاء الإدارى فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ • (القضية رقم ٤٨٥ ورقم ١٣٦٧ لسنة ٧ قضائية وقد سبقت الإشارة إليه) حيث يقول : « ••• ان عقد الالتزام ينشئ فى أهم شقيه مراكزا لائحيا يتضمن تخويل الملتزم حقوقا مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله • وهذا المركز اللائحى الذى ينشئ الالتزام والذى يتصل بالمرفق العام هو الذى يسود العملية بأسرها • أما المركز التعاقدى فيعتبر تابعا له ••• » (١) .

كما أن المحكمة الإدارية العليا تصدر عن ذات التكييف باستمرار • ومن قضائها فى هذا الصدد على سبيل المثال ، حكمها الصادر فى ٣٠/١٢/١٩٧٧ (سبق) حيث تؤكد « ومن حيث ان المسلم به فقها وقضاء ، أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم الى نوعين : شروط لائحية ، وشروط تعاقدية ، والشروط اللائحية فقط هى التى يملك مانع الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة فى أى وقت ، وفقا لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم • والمسلم به أن التمريفة ، وخطوط السير وما يتعلق بها من الشروط اللائحية القابلة للتعديل ، بإرادة مانع الالتزام

== وقد يكون الجانب الذى تناول منه الدكتور ثروت الموضوع ، أوسع من الزاوية التى نعرض لها فى المتن ، وهى مقصورة على قبول دعوى إلغاء استنادا الى مخالفة نص وارد فى العقد • أما سلطة الإدارة فى تعديل الالتزامات التعاقدية بإرادتها المنفردة ، فقد يمكن تبريرها على أساس آخر •

(١) وراجع حكم المجلس الصادر فى ٣١ يناير سنة ١٩٥٦ ، السنة العاشرة ، ص ١٨٥ حيث يقول : « انه وإن كانت النصوص اللائحية فى عقود الالتزام تبقى حافظة لقوتها الملزمة فى حالة انتقال الالتزام ليد السلطة مانعة الالتزام ••• » وحكمه الصادر فى ١١ مارس سنة ١٩٥٦ السنة العاشرة ص ٢٣٩ ، حيث يقول : « ••• عقد الترخيص باستغلال مرفق من مرافق الدولة هو - على ما ذهب إليه الفقه الإدارى - من العقود ذات الطابع الخاص ••• وما من شك أن الترخيص - فى هذه الحالة - يتضمن شروطا لائحية ، وهو بهذه المثابة يدخل فى نطاق العقود الإدارية ••• » وراجع الأحكام التى أوردناها جند دراسة عقد الامتياز وكذلك فتاوى القسم الاستشارى •

المنفردة » • ونرى أن هذا التبرير هو التبرير الوحيد ، الذى يمكن على أساسه الوصول الى تمكين أشخاص غريباء عن العقد الادارى ، من الاستناد الى شروطه ، للوصول الى حكم بالقضاء قرارى ، فالقرار الادارى - فى نطاق قضاء الالغاء - لا يمكن الحكم بالفائه الا لأسباب محددة على سبيل الحصر هى عيوب الشكل والاختصاص ومخالفة القوانين واللوائح والانحراف • والقرار الذى يخالف مجرد شرط عابر من شروط العقد لا يمكن أن يوصف بأنه قرار مخالف للقوانين واللوائح • ومن ثم فان المشكلة التى نحن بصدد حلها لا تثور عملا الا فى نطاق عقود الامتياز التى تربط بين أطراف ثلاثة هم الادارة مانحة الالتزام ، والملتزم ، ثم المستفيدون • أما فى سائر العقود الادارية ، فان العلاقة تكون فى الغالب مقصورة على الادارة والمتعاقد معها ، وتفحص القرارات الصادرة من الادارة والتى تكون ذات علاقة بالمقد فى نطاق القضاء الكامل •

٢ - على أن مجلس الدولة الفرنسى سحب المبدأ الذى قرره حكم «Croix-de-Seguey» من حالة المنتفعين بالخدمات التى يلتزم المتعاقد بتوريدها ، الى طائفة أخرى ، تشمل العمال الذين يستعين بهم الملتزم فى تسيير مرفقه ، فهؤلاء العمال هم أجراء يخضعون لأحكام عقد العمل • ولكن الادارة كثيرا ما تضمن عقود الامتياز شروطا تكفل لهم بعض المزايا المتعلقة بالأجور ، أو بظروف العمل • الخ • ولا تقتصر هذه الظاهرة على عقد الامتياز ، ولكنها تمتد الى عقود أخرى كمقد الأشغال العامة والعقود المشابهة • ويجرى مجلس الدولة الفرنسى منذ مدة على تحويل النقابات الممثلة للعمال «Syndicats du personnel» حق طلب الغاء القرارات الادارية الصريحة أو الضمنية التى تصدر من الادارة ، وتتضمن خروجاً على تلك الشروط ^(١) •

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٢ يوليو سنة ١٩٢٧ فى قضية «Syndicat des employés des secteurs électriques de la Seine» دالوز سنة ١٩٢٨ القسم الثالث ، مع تعليق الفقيه فالين •

والملاحظ في هذا الصدد ، أن مجلس الدولة الفرنسى يقبل دعوى الالغاء من نقابات العمال لا من العمال بصفتهم الفردية لأن العمال بصفتهم الفردية يتمتعون بدعوى أمام قاقى العقد ، أى أمام قاضى القانون الخاص . ويجرى هذا القضاء فى فرنسا على اعتبار الشروط التى تضمنها الادارة عقودها مع الغير فى هذا الصدد ، من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير «Stipulation pour autrui»^(١) ، وبالتالي فانها تخول العامل دعوى مباشرة «une action directe» ضد الملتزم أو المكاول . وهذه الدعوى تجعل دعوى الالغاء بالنسبة الى العامل بصفته الفردية غير ذات موضوع .

أما النقابة - ذات الشخصية المعنوية - التى تمثل الجميع ، فان لها مصلحة محققة فى رفع دعوى الالغاء ، حتى تصحح الوضع غير المشروع ، وتوفر على أعضائها رفع دعاوى فردية متعددة أمام القضاء العادى فى كل حالة يخرج فيها الملتزم على الشروط الواردة فى عقد الالتزام نظرا لما يتمتع به الحكم الصادر بالالغاء من حجية مطلقة قبل الكافة .

٣ - على أنه يتعين قبل أن نترك هذا الموضوع ، أن نحدد مركز المنتفعين بخدمات المرافق التى تدار عن طريق الامتياز «Usagers du service concédé» فيما يتعلق بنوع الدعوى التى لهم حق رفعها ذلك أن المنتفع لا يخرج الحال بالنسبة اليه عن فرضين :

الأول : أن يكون الفرد قد استوفى شروط الانتفاع بالخدمة ، ويريد اقتضامها كمن يريد الحصول على اشراك فى المياه أو النور أو الأتوبيس . . الخ اذا ما تولت أداء تلك الخدمة شركة امتياز . وحينئذ يكون لمستحق الانتفاع «Candidat usagers» أن يلجأ الى قضاء الالغاء بالطريقة التى شرحناها فيما سلف . ولكن هل يحق

(١) راجع حكم النقض الفرنسى الصادر فى ١٣ مارس ١٨٨٩ ، مجموعة سبرى سنة ١٨٨٩ القسم الأول ص ٢٦٣ وفى ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ مجموعة سبرى سنة ١٩٠٢ القسم الأول ص ٣٦٠ .

له أن يلجأ الى المحاكم القضائية مطالباً باقتضاء الخدمة ؟! انقسم
الرأى حتى سنة ١٩٣٧ فى فرنسا بين المحاكم القضائية من ناحية ،
ومجلس الدولة الفرنسى من الناحية الأخرى : فالمحاكم القضائية
قبلت دعوى المطالب بالانتفاع فى هذه الحالات • أما مجلس الدولة
فقد ذهب الى أن النزاع فى هذه الحالة يتعلق بالقانون العام ويمدى
سير المرافق العامة ، وبالتالي يكون كل ما تعلق به من اختصاص
للمحاكم الادارية •

ولكن مجلس الدولة الفرنسى عدل عن موقفه السابق فى حكمه
الصادر فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ فى قضية «Union hydro-électrique de l'ouest constantinois»^(١) وقد وضع المجلس فى اعتباره عند اجراء هذا
التحول طبيعة العقد المتوقع الذى قد يبرم بين طالب الاستفاد وبين
الملتزم • فالمسلم به فى الوقت الحاضر أن هذا العقد هو من عقود
القانون الخاص ، ومن ثم فقد استحسن أن يختص القضاء العادى
بالنزاع ابتداء ما دام مصير النزاع اليه مالا ، على أن يراعى القضاء
العادى موضوع المسائل الأولية «Les questions préjudicielles» **الى** قد
يثيرها النزاع ، والتى هى من اختصاص القضاء الادارى أصلا •
ومنذ الحكم السابق ، استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى
هذا الخصوص^(٢) • ويمكن الأخذ بالحل السابق فى مصر أيضا ،
فالمادة ٦٧٠ من القانون المدنى تنص على ما يلى :

١ - إذا كان ملتزم المرفق محتكرا له احتكارا قانونيا أو فعليا
وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء فى الخدمات
أو فى تقاضى الأجور •

٢ - ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوى
على تخفيض الأجور أو الاعفاء منها ، على أن ينتفع بهذه المعاملة من

(١) مجموعة سبرى سنة ١٩٣٨ القسم الثالث ، ص ٦٥ مع تعليق لاروك •
(٢) راجع من أحكامه الحديثة حكمه الصادر فى ١٨ فبراير سنة ١٩٤٤ فى
قضية «Des Villotons» المجموعة ص ٥٠٨ •

يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام . ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يفرض منحها للآخرين .

٣- وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة .
يوجب على الملتزم أن يعوض الضرر الذى قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من اخلال بالتوازن الطبيعى فى المنافسة المشروعة » ٤٤ .

فمبدأ الزام المتعهد بأداء الخدمة لكل من استوفى شروط الاستفادة منها منصوص عليه صراحة فى القانون المدنى ، وهو الذى تطبقه المحاكم القضائية . ومن ثم فانه من الجائز للمستفيد أن يستند الى المادة السابقة للمطالبة بالاستفادة من خدمات المرفق المدار عن طريق الامتياز ، على أن يحال الى محكمة القضاء الادارى كل ما يتعلق بعقد الامتياز ذاته ، كتفسير شروطه أو تقدير مدى انطباقها على حالة معينة اذا ما كان ذلك موضوع نزاع أمام المحكمة القضائية .

الثانى : والفرض الثانى أن يكون بين المنتفع والملتزم عقد يحدد شروط الانتفاع وأوضاعه . والمسلم به فى الوقت الحاضر أن هذا العقد هو من عقود القانون الخاص ، بالنظر الى طبيعة المرافق التى تدار عن طريق الامتياز ، فطريقة الامتياز - كما هو معلوم - تدار بها المرافق الاقتصادية (الصناعية والتجارية) . ويخضع هذا النوع من المرافق لأكبر قدر ممكن من قواعد القانون الخاص ، التى تتفق وطبيعة هذه المرافق ، والتى تمكنها من أداء خدماتها بشكل أكمل وبطريقة أنجع . ويتفرع على المبدأ السابق ، اعتبار العقود التى تبرمها شركات الامتياز مع عملائها من عقود القانون الخاص . وبالتالي فإن المحاكم القضائية هى التى تختص بالفصل فى المنازعات التى يثيرها تطبيق تلك العقود فى العمل^(١) .

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٨ فبراير سنة ١٩٤٤ فى قضية «Des Villetes» المجموعة ص ٥٨ .

على أنه لما كانت هذه العقود ذات ارتباط وثيق بعقود الامتياز التي تحكم كل اتفاق يبرمه الملتزم مع عملائه ، فإن كل نزاع يتوقف حسمه على مشكلة تتعلق مباشرة بعقد الامتياز ، يعتبر مسألة أولية يجب أن تحال الى القضاء الادارى^(١) .

ولا شك فى أن المبادئ السابقة تطبق فى مصر ، لأنها مجرد تفريع على القواعد العامة ، وان كان القضاء المصرى لم يحسمها حتى الآن بأحكام مباشرة فى الموضوع . ولكنه يلاحظ من ناحية أخرى أن مجلس الدولة المصرى قد ذهب فى حكم قديم له صادر فى ١٩٤٩/٢/٣ الى حل قريب ، اذا اعتبر أن المنازعات التي تقوم بين مصلحة التليفونات وبين المشتركين « من قبيل التصرفات المدنية التي تباشرها الحكومة باعتبارها شخصا معنويا ولا تختص به المحكمة »^(٢) فإذا كان هذا هو الشأن بالنسبة الى العقود التي تبرمها الادارة حين تدبر بنفسها مرفقا تجاريا ، فإن الحكم يسرى من باب أولى اذا كان العقد قد أبرم بين الملتزم بادارة المرفق العام وبين المنتفعين .

ثم ان المحكمة العليا (الدستورية) قد أرست القاعدة الأصولية فى حكمها الصادر فى ٢٩ يونية سنة ١٩٧٤ (وقد سبقت الاشارة اليه) حيث تقول : « ومن حيث ان العلاقة بين المرافق العامة الاقتصادية وبين المنتفعين بها علاقة عقدية تخضع لأحكام القانون الخاص ، اذ فضلا عن أن تلك الأحكام تتفق مع طبيعة المرافق المذكورة ، ومع الأسس التجارية التي تسير عليها ، فانه يتمتع لاعتبار العقد اداريا أن تكون الادارة بوصفها سلطة عامة طرفا فيه » . (العبارة التي سبق ايرادها) .

(١) حكم التنازع الصادر فى ٢٠ مارس سنة ١٩٤٣ فى قضية «Société béthunoise»
المجموعة ص ٣٢٢ .
(٢) مجموعة أحكام المجلس ، السنة الثالثة ، ص ٣٠٢ .

القسم الثاني

في ابرام عقود الادارة

وندرس في هذا القسم :

- أولا : كيفية اختيار الادارة للمتعاقد معها .
- ثانيا : كيفية ابرام العقد .
- ثالثا : سلامة وبطلان العقود الادارية .

الباب الأول

كيفية اختيار الإدارة للمتعاقد

مقدمة عامة

١ - ينظم هذا الموضوع :

أولا - القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ (الصادر في ٢٠ فبراير) والذي يشتمل كما ذكرنا على أربعين مادة • وقد حل هذا القانون الأخير ، محل القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ (بتنظيم المناقصات والمزايدات) والذي عدل منذ صدوره حتى الفائة مرات عديدة • ولقد تضمن القانون الجديد - كما ذكرنا - كثيرا من الأحكام التي وردت في اللائحة الملغاة • والملاحظ أن مجال القانون الجديد أوسع من مجال القانون الملغى ، ذلك أن المادة الأولى من قانون اصدار جميع الوزارات والمصالح ، ووحدات الحكم المحلي (الإدارة المحلية) ، والهيئات العامة ، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى القوانين أو القرارات الخاصة بانشائها • وقد نصت المادة الخامسة من ذات القانون على أن « يعمل به بعد ثلاثين يوما من تاريخ نشره » وهو ٢٠ فبراير سنة ١٩٨٣ كما ذكرنا • وواضح من هذا العرض أن مجال اعمال القانون الجديد أوسع من مجال اعمال القانون الملغى ، اذ يشمل جميع المصالح الحكومية ، ووحدات الادارة المحلية والهيئات العامة ، فهو يشمل الحكومة بالمعنى الواسع ، أى جميع أشخاص القانون العام •

ثانيا - اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ، وقد أصدرها وزير المالية بمقتضى قراره رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ اعمالا لحكم المادة الرابعة من قانون اصدار القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والتي تنص على أن « يصدر وزير المالية خلال ثلاثة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون ، اللائحة التنفيذية له » • وقد صدرت هذه

اللائحة فى ١٩٨٣/٦/٢ ونصت المادة الثانية من قرار اصدارها على أن « يلغى القرار رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ ، باصدار لائحة المناقصات والمزايدات والقرار رقم ١٥ لسنة ١٩٥٨ بتوحيد عمليات الشراء والقرارات المعدلة لهما ، كما يلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القرار واللائحة المرفقة به » . ولقد عدلت اللائحة الملفاة - منذ صدورهما حتى الغائها - عشرات المرات . وتحتوى اللائحة الجديدة على ١٢١ مادة . (بعد أن أضيفت إليها مادة جديدة بمقتضى قرار وزير المالية فى ١٩٨٧/٤/٢١) .

٢ - على أن التشريعات السابقة هى القانون العام فى هذا الموضوع ، تطبق أحكامها فى كل حالة لا يرد فيها تشريع خاص ، فإذا وجد هذا التشريع الخاص - سواء قبل التشريع السابقة أو بعدها - فإنه يطبق وفقا للقاعدة المسلم بها من أن الخاص يقيد العام ، على أن تكمل أحكام التشريعات الخاصة بالأحكام الواردة فى التشريعات السابقة . ومن القوانين الصادرة فى هذا المجال - على سبيل المثال - القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها . أما الاستثناءات من لائحة المناقصات والمزايدات فهى كثيرة . فالظاهرة الملموسة فى الادارة المصرية منذ قيام الثورة ، هى الاكثار من الهيئات والمؤسسات العامة ، لما تنطوى عليه هذه الطريقة من مرونة فى الادارة على أساس فكرة اللامركزية المرفقية . واستنادا الى فكرة اللامركزية السابقة ، والتى تسمح للمرفق الذى تطبق عليه بأن يتبع نظما مغايرة لما ينطبق على الادارة المركزية ، صدرت لوائح عديدة للمناقصات والمزايدات خاصة ببعض الهيئات والمؤسسات العامة الرئيسية . ومن ذلك على سبيل المثال : نظام الشراء والبيع الخاص بالهيئة العامة لشئون السكك الحديدية ، والخاص بهيئة البريد ، وهيئة المواصلات السلوكية والاسلكية ، ولائحة الشراء والبيع الخاصة بالمجلس الأعلى للعلوم ، ولائحة المناقصات والمزايدات الخاصة بالاذاعة المصرية ، ونظام البيع والشراء الخاص بالهيئة العامة لشئون البترول ، ولائحة المبيعات

للهيئة العامة للمصانع الحربية ، ولائحة المناقصات والمزايدات للهيئة العامة لشئون المطابع ، وللهيئة المصرية للتوحيد القياسى ، ولائحة العقود الخاصة بالهيئة العامة لشئون النقل البحرى ٠٠٠ الخ . ومعظم هذه اللوائح متشابهة فيما بينها ، كما أنها تقوم على ذات الأسس الواردة فى لائحة المناقصات والمزايدات رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ . ولقد أبدينا فى الطبعات السابقة من هذا المؤلف رأيا نوردته فيما يلى : « أن الحاجة ماسة لادخال اصلاح يقوم على أحد أساسين : فاما أن تخضع جميع المؤسسات والهيئات العامة لنظام واحد ، مع تقرير حدود معينة للاستثناء منه فى حدود تبين فى اللائحة بالنسبة الى تلك الهيئات والمؤسسات . واما أن يوضع نظام موحد لكل من المؤسسات العامة والهيئات العامة ، على أساس الفروق القائمة بين هذين النوعين ، باعتبار أن الهيئات العامة هى مرافق عامة ادارية منحت الشخصية المعنوية ، وأن المؤسسات العامة هى مرافق عامة اقتصادية منحت الشخصية المعنوية ، على ألا تتضمن هذه النظم إلا الأحكام الأساسية التى لا توجد فى النظام العام ، اكتفاء بالأحكام العامة الواردة فى اللائحة العامة ، التى تطبق على الادارة بكافة صورها اذا لم يوجد نص استثنائى . » ومنذ ابداء هذا الرأى حدث التطوران الآتيان :

أولا - ألغيت المؤسسات العامة كما ذكرنا سنة ١٩٧٥ فلم يبق الانظام الهيئات العامة .

ثانيا - أخذ المشرع فى القانون الجديد - كما ذكرنا - باخضاع جميع أشخاص القانون العام ، سواء أكانت اقليمية أو مصلحة للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية ، وقد نصت المادة الأولى من اللائحة التنفيذية صراحة على أن سريان أحكامها على الهيئات العامة مقيد بالايراد فى لوائحها الخاصة نص يقضى بعكس ما يرد فى اللائحة العامة ، وهو المعنى الذى أوردناه فيما سبق ، وهو مجرد اعمال للمبادئ العامة فى هذا الصدد .

ولن يتسع المقام لشرح جميع الأحكام الواردة فى هذه النظم الخاصة . ومن ثم فانتنا سنكتفى بشرح الأحكام العامة الواردة فى

القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ، وفي لائحته التنفيذية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ ، مع المقارنة - بقدر الامكان - مع الأحكام التي كانت مقررّة في القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ (المعدل) ولائحة المناقصات والمزايدات رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ (المعدلة) الملحقان .

٣- ولقد كان موضوع كيفية اختيار الادارة للمتعاقد معها ، من بين الموضوعات التي درسها المؤتمر الدولي العاشر للمعلوم الادارية ، والتي عقد في مديرية في سبتمبر سنة ١٩٥٦ . وقد تكشفّت اجابات الوفود عن انقسام الدول في هذا الصدد الى فريقين :

الفريق الأول : وهي دول ليس بها اجراءات محددة للتعاقد : وتمتاز تلك الدول بوجود موظفين عموميين مختصين بابرام العقود الادارية ، يتمتعون بحرية اختيار الطرف الذي يتعاقدون معه . كما ان لهم حق ابداء التوجيهات اللازمة للمتعاقدين اثناء التنفيذ ، وحرية هؤلاء الموظفين مقيّدة اداريا عن طريق رقابة رؤسائهم ، وعن طريق وجوب احترام الاجراءات الادارية المقررة . وأخيرا فهناك رقابة ديوان المحاسبة بالنسبة الى المسائل المالية . ومن هذه البلاد ، بريطانيا وممتلكاتها ، وفنلندا ، وبورتوريكو ، وايرلندا ، وهاييتي .

الفريق الثاني : وهي دول بها اجراءات محددة للتعاقد ، اذ توجد فيها تشريعات تنظم كيفية ابرام العقود الادارية . غير أن هذا الفريق من الدول ينقسم قسمين :

القسم الأول : ويجعل للادارة حرية كبيرة في اختيار طريقة التعاقد : فلها الحرية في أن تلجأ الى الطريق المنظم ، وحينئذ يتعين عليها أن تحترم قواعده . ولكن الادارة حرة في ألا تلجأ الى تلك القيود في بعض الحالات : ومن هذا الفريق اليونان ، وهولندا ، وألمانيا الفيدرالية ، وسويسرا ، والدانمارك .

والقسم الأكبر : يجعل التنظيم اجباريا ، بحيث تلتزم الادارة باتباع الوسيلة المقررة قانونا . ولكن من الدول من تجعل القيد عاما

يفتلى جميع العقود : ومن ذلك بلجيكا ، وشيلي ، وهندوراس ،
والترويج ، وفيتنام . ومنها ما يأخذ بنظام مزدوج ، فيفرض القيد
فى حالات ، ويسمح بالتحرر منه فى حالات أخرى . ومع هذا القبيل
اليابان والسويد ويوغوسلافيا وتركيا ولكسمبورج^(١) .

٤ - والقانون الإدارى المصرى - كما ذكرنا مرارا - يسير
على النمط الفرنسى فى هذا الخصوص . وإذا كان المذهب الفرنسى
يجرى على منح الإدارة سلطات واسعة فيما يتعلق بأداء وظائفها ،
فانه يضييق على الإدارة الى حد كبير فيما يتعلق باختيار المتعاقدين معها
كما سنرى تفصيلا فيما بعد . ولما كانت عقود الإدارة تنقسم الى
عقود إدارية ، تخضع لقواعد القانون الإدارى ، وإلى عقود تخضع
للقانون الخاص ، فإن تقييد حرية الإدارة فيما يتعلق بإبرام عقودها ،
يشمل النوعين السابقين معا ، فلا يقتصر على العقود الإدارية بمعناها
الفنى^(٢) .

٥ - ويهيمن على موضوع اختيار الإدارة للمتعاقد معها اعتباران
أساسيان ، يؤدىان الى نتائج متعارضة :

(١) نشرت الإدارة السياسية بجامعة الدول العربية تقريرا عن أعمال المؤتمر
الدولى العاشر للمعلوم الادارية السابق فى ٥ مايو سنة ١٩٥٧ ، وبه تفاصيل هذا
الموضوع .

(٢) جاء فى حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ١٤ أبريل سنة ١٩٥٢
(القضية رقم ٧٠٢٧ لسنة ٨ قضائية) وقد سبقت الإشارة اليه قول المحكمة :
« ومن حيث أن الأصل فى كيفية إبرام العقود الإدارية والتي يشهد فيها القيد على
حرية جهة الإدارة عند تعاقدها ، يرجع الى أن الشارع هو الذى يستقل ببيان طريقة
إبرام العقود العامة ، وهو فى هذا السبيل يسمى الى ادراك هدفين كبيرين : الأول
تحقيق أكبر وفر مال للوزارة العامة ، وهذا يستلزم بداهة التزام جهة الإدارة باختيار
المتعاقدين الذى يقدم أفضل الشروط والضمانات المالية . والثانى مراعاة المصلحة
الإدارية ، وذلك يتطلب تبعا تمكين جهة الإدارة من أن تختار أكفأ المتقدمين لأداء
الخدمة التى تحرص هى على تحقيقها » . وهى تقول فى حكمها الصادر فى ٢٤
يوليو سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٢٨٣) أنه « وإن كان من الأسس التى يقوم عليها
تعاقد الإدارة عن طريق المناقصات أن يخضع هذا التعاقد لأعتبارات تتعلق بمصلحة
المرفق المالية - التى تتمثل فى إرساء المنافسة على صاحب المطلب الأقل - إلا أنه
يخضع فى ذات الوقت لأعتبارات تتعلق بمصلحة المرفق الفنية التى تتمثل فى اختيار
المطلب الأفضل الذى يكفل حسن سير المرفق وانعظامه ، ذلك أن العقود الإدارية
تتميز بطابع خاص من مناطق اختيالات المرفق العام » .

أما الاعتبار الأول : فمرجعه الى ضرورة المحافظة على المالية العامة ، وتوفير أكبر وفر مالى للخزانة العامة . ويعترب على هذا الاعتبار ، لو نظر اليه وحده ، أن تلتزم الادارة باختيار المتعاقد الذى يقدم أفضل الشروط المالية .

أما الاعتبار الثانى : فيضغ فى المركز الأول المصلحة الفنية للادارة ، وبالتالي يمكن الادارة من اختيار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة بصرف النظر عن الاعتبارات المالية .

وواضح أن الاعتبار الأول يؤدى الى تقييد حرية الادارة الى مدى بعيد ، بينما ينتهى الاعتبار الثانى الى منح الادارة بعض الحرية فى اختيار المتعاقد معها . وتراعى التشريعات عادة التوفيق بين هذين الاعتبارين لحفظ المالية العامة ، مع عدم اهدار الاعتبارات الفنية .

٦- ولقد طور المشرع فى فرنسا فى طرق ابرام عقود الادارة فى ضوء التجربة بما نوجزه فيما يلى ، بالنظر الى العلاقة الوثيقة بين نظام العقود الادارية فى البلدين :

أولاً - أصدر المشرع الفرنسى النظام الذى يطبق على جميع عقود الادارة ، بمقتضى مرسوم ١٧ يوليو سنة ١٩٦٤ ويطلق عليه تسمية «*Le code des marchés publics*» وسواء خضت تلك العقود للقانون العام أو الخاص . ولكن هذا المرسوم يقتصر على تحديد طرق ابرام عقود الادارة . أما الأحكام الموضوعية للعقود الادارية فانها ما تزال ذات طبيعة قضائية .

ثانياً - ميز المشرع فى الكود المنظم لعقود الادارة (١٧ يوليو سنة ١٩٦٤) بين العقود قليلة الأهمية «*Les petits contrats courants*» والخاصة بالأشغال العامة أو التوريد أو الخدمات ، والتي لا تزيد قيمتها على ١٨٠ ألف فرنك ، وهذه العقود تبرم بلا شكلليات متعددة سلفاً ، كما يجوز أن تبرم شفاهة (مرسوم ٨ يناير سنة ١٩٨٥) أما العقود كبيرة الأهمية ، والتي أطلقت عليها المجموعة تسمية

«marchés publics» وتشمل بصفة أساسية ، عقود الاشتغال العامة ، والتوريد ، والخدمات ، والعقود الصناعية فإن إبرامها يخضع لنظام محدد سلفا ، تلتزم الإدارة باحترامه ، والا تعرض تصرفها للبطلان .

ثالثا : حدد المشرع الفرنسى ثلاثة طرق أساسية لإبرام العقود الادارية كبيرة الأهمية وهى :

١ - أسلوب المناقصات والمزايدات بصورها المختلفة والتي تحكمها ثلاثة مبادئ أساسية وهى : العلنية ، والمنافسة ، والآلية . وهى الطريقة التقليدية الرئيسية فى التعاقد .

٢ - أسلوب الدعوة الى التعاقد «L'appel d'offres» وهو أسلوب يتخلص من الآلية التى يتسم بها أسلوب المناقصات والمزايدات ، ومن ثم تمنح الإدارة قدرا كبيرا من الحرية ، ولكل فى حدود معينة .

٣ - أسلوب الاتفاق المباشر «La négociation directe» وكان يطلق عليه حتى سنة ١٩٧٦ تسمية «de gré à gré» ولكن تغيرت التسمية فى التاريخ المشار اليه الى «marchés négociés» وهذا الأسلوب يمنح الإدارة فى التعاقد أكبر قدر من الحرية فى اختيار التعاقد معها مع الاحتفاظ بمبدأى المنافسة والمساواة .

وفىما يلى ندرس الطريقة الرئيسية لتعاقد الإدارة ، ثم نعقب عليها بالطرق التكميلية مع المقارنة بين المطبق فى فرنسا وفى مصر ، مع التنبيه الى أن أسلوب المناقصات والمزايدات بصورته التقليدية قد تراجع ، واتسع مجال الأسلوبين الآخرين لاسيما أسلوب « الدعوة الى التعاقد » لما يكفله للإدارة من حرية فى اختيار التعاقد معها . ونذكر بدراستنا السابقة فى خصوص مدى الحرية التى يتركها المشرع فى النظم المختلفة للإدارة حين تختار التعاقد معها . ونؤكد من ناحية أخرى ، بأن أسلوب المناقصات والمزايدات ما يزال هو الأسلوب الرئيسى للتعاقد فى مصر . ومع ثم فإننا نوليه أهمية خاصة .

الفصل الأول

المناقصات والمزايدات العامة

١ - والمناقصة (أو المزايدة) هي طريقة بمقتضاها تلتزم الادارة باختيار أفضل من يتقدمون للتعاقد معها شروطا ، سواء من الناحية المالية أو من ناحية الخدمة المطلوب أدائها .

والمناقصة عكس المزايدة : فالأولى تستهدف اختيار من يتقدم بأقل عطاء ، ويكون ذلك عادة اذا أرادت الادارة القيام بأعمال معينة كإشغال عامة مثلا . أما الثانية فترمى الى التعاقد مع الشخص الذي يقدم أعلى عطاء ، وذلك اذا أرادت الادارة مثلا أن تبيع أو تؤجر شيئا من أملاكها . والأحكام القانونية للنوعين واحدة ويستعمل اصطلاح «adjudication» للدلالة عليهما معا ، ومعناه الحر في الارسام .

٢ - وبالرغم من كثرة التشريعات التي تلزم الادارة بالالتجاء الى طريقة المزايدة أو المناقصة لابرام عقودها ، فإن القاعدة في فرنسا ما تزال هي حرية الادارة في التعاقد اذا لم يوجد نص يفرض عليها الالتجاء الى طريقة المناقصة^(١) .

وفي مصر أيضا تطبق القاعدة السابقة ، فلا تلتزم الادارة بالالتجاء الى المناقصة أو والمزايدة الا اذا وجد نص تشريعي بهذا المعنى^(٢) .

(١) راجع جيز ، مطوله في القانون الاداري ، الجزء الرابع ، ص ٦٩ ، وبيكينو ، المرجع السابق ص ١٩٨ ، ومطول دي لوبادير في القانون الاداري طبعة سنة ١٩٥٣ ، ص ٤٢٦ . ومطوله في العقود الادارية ، طبعة سنة ١٩٥٦ ، الجزء الأول ، ص ٣١٧ . وطبعته الثانية الصادرة في ١٩٨٣ ، ص ٦٥٨ وراجع أحكام مجلس الدولة الصادرة في ٢٤ يناير سنة ١٩١٩ في قضية «Glazels» المجموعة ص ٦٨ وفي ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٤ في قضية «Dame Dejean» المجموعة ص ٣٤٦ ، وفي ٣ مايو سنة ١٩٥٠ في قضية «Société de pêche malagache» المجموعة ص ٢٥ .

(٢) بهذا المعنى أيضا مؤلف الدكتور توفيق شحاتة ، مبادئ القانون الاداري ، =

والملاحظ في هذا الصدد أن المشرع المصرى - سواء فى ظل القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ (الملقى) أو فى ظل القانون الحالى رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ - لم يفرض هذه الطريقة بالنسبة الى جميع عقود الادارة ، بل بالنسبة الى عقود محددة : فالمادة الأولى من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ، تنص صراحة على أن « يكون التعاقد على شراء المنقولات ، وتقديم الخدمات ، ومقاولات الأعمال ، ومقاولات النقل عن طريق مناقصات عامة تملن عنها » .

ويجوز استثناء ، وبقرار مسبب من السلطة المختصة ، التعاقد باحدى الطرق الآتية : (أ) المناقصة المحددة - (ب) المناقصة المحلية - (ج) الممارسة - (د) الاتفاق المباشر ، وذلك فى الحدود ووفقا للشروط والأوضاع المبينة بهذا القانون والقرارات المنفذة له » .

كما أن المادة ٣ من ذات القانون تقضى بأن « يكون التصرف بالبيع أو تأجير المقاصف وغيرها عن طريق مزايده عامة أو محلية أو المطارييف المغلقة » ويجوز عند الضرورة التصرف بالبيع أو الايجار دون مزايده اذا لم تزد القيمة على الف جنية ، وذلك طبقا للقواعد والاجراءات التى تبينها اللائحة التنفيذية » .

كما يجوز استثناء ، وبقرار مسبب من السلطة المختصة التصرف بالبيع أو الايجار عن طريق الممارسة فى الحالات الآتية :

١ - الأصناف التى يغطى عليها من من التلف ببقاء تخزينها .

٢ - الأصناف التى لم تقدم عنها عروض فى المزايدات أو التى لم يصل ثمنها الى الثمن الأساسى - ٣ - حالات الاستمجال الطارئة التى لا تحتمل اجراءات المزايدة » .

ومن ثم ، يكون المشرع قد فرض طريقة المناقصة العامة بالنسبة لعقود الشراء ، وتقديم الخدمات ، والأشغال العامة (مقاولات

= الجزء الأول ، الطبعة الأولى سنة ١٩٥٤ - ١٩٥٥ ص ٧٧٢ ومؤلف الأستاذ حسين درويش بعنوان « وسائل تعاقد الادارة » طبعة سنة ١٩٥٦ ، ص ٢٢ وما بعدها .

(الأعمال) والنقل ، كما فرض طريقة المزايدة العامة بالنسبة لمعقود البيع والتأجير « وغيرها » مما يندرج فى معناها العام .

وإذا كانت طريقة المناقصة العامة أو المزايدة العامة هى الأصل ، فإن المشرع مراعاة للظروف ، قد وضع بجوارها طرقا تكميلية تتمثل فى الممارسة والاتفاق المباشر ، كما أنه لدواعى المرونة والفاعلية ، لم يخضع المناقصات والمزايدات العامة لأسلوب واحد ، بل نوع فى الأسلوب كما سنرى فيما بعد . وإذا كان القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ هو القانون العام فى مجال عقود الإدارة ، فإن ثمة تشريعات خاصة قد تحتم على الإدارة اللجوء الى طريقة المناقصة أو المزايدة^(١) . وفى جميع الحالات التى يفرض المشرع فيها على الإدارة أن تلجأ الى طريق المناقصة أو المزايدة ، يكون تماقدها عن غير هذا الطريق باطلا . أما إذا لم يكن ثمة التزام من هذا القبيل ، فإن الإدارة تملك أن تلجأ الى طريق المناقصة أو الممارسة .

ولقد طبقت محكمة القضاء الإدارى المبادئ السابقة فى حكمها الصادر فى ٦ يناير سنة ١٩٥٧ (س ١١ ، ص ١٢٨) حيث تقول : « أن التشريع المصرى لا يحتوى نصوصا عامة تبين فى شكل منتظم شروط إبرام العقود الإدارية وأجراءاتها وأوضاعها ، ولم يصدر بالنسبة لهذه العقود - فيما عدا عقد التزام المرافق العامة - سوى بعض قواعد وإجراءات خاصة بمعقود التوريد تضمنتها لائحة المخازن والمشتريات المصدق عليها من مجلس الوزراء فى ٦ من يونيو سنة ١٩٤٨ ، ثم المرسوم بقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٣ بتنظيم المناقصات الذى ألغى وحل محله القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم

(١) ومن هذا القبيل بيع الدولة لأموالها الخاصة وتأجيرها لتلك الأموال . راجع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ حيث حدد المشرع فى بعض مواد القانون طريقة التعاقد . فالمادة الثانية منه تنص مثلا على أنه « يتم تأجير أموال الدولة الخاصة والتصرف فيها بطريق التوزيع أو البيع بطريق الممارسة أو الزاد الملتنى وقفا لأحكام المواد التالية » .

وراجع أيضا ، حكم مجلس الدولة المصرى الصادر فى ٢٠ مارس سنة ١٩٥١ .
السنة الخامسة ص ٨١٢ .

(م - ١٦ العقود الإدارية)

المناقصات والمزايدات ، وتسرى أحكامه على عقود التوريد ومقاولات الأعمال أى عقود الأشغال ومقاولات النقل . ولا تلتزم الادارة باتباع نظام المناقصة أو المزايدة الا بالنسبة لهذه العقود ، وفى الأحوال التى توجب عليها ذلك هذه النصوص التشريعية . ولما كان موضوع النزاع ، والخاص بتأجير محل الشاى والمرطبات بحدائق القناطر الخيرية ، ليس من العقود المنصوص عليها فى القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات والمزايدات فمن ثم فانه لا يخضع بطريق اللزوم وفيما يتعلق بإبرامه أو اجراءاته الى نصوص هذا القانون . فاذا أرادت الادارة أن تتبع نظام المزايدة بالنسبة له ، فانها انما تطبق المبادئ الأساسية التى تخضع لها المزايدة العامة من حيث استهدافها الوصول الى أفضل العروض بشأن المقد المراد ابرامه ، وهى الاعلان عن المزايدة وحرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين ثم استهدافها بما فى نصوص القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ من التزام نظام محدد بخصوص تشكيل لجان فتح المظاريف وفحص المطاءات على ألا يكون من نتيجة اتباع هذه الأنظمة تقييد حرية الادارة فى الناء المزايدة اذا بدا لها عدم ملائمتها ، وأن يكون لها حق الاعتراض على تنفيذها طالما أن المزايدة تهدف الى اتمام عقد يتعلق بخدمات تتصل بمرفق عام وتعاون على تسييره ، مما يستوجب أن يترك للادارة سلطة تقديرية فى ابرام العقد ، حتى لا يفرض عليها التعاقدا اذا تبين عدم ملائمة ذلك لظروف تتعلق بمصلحة المرافق العامة مع الناحية الادارية والمالية » .

٣ - ويحدث فى العمل أن نكون أمام اتفاق مركب «convention complexes» ينتمى الى أكثر من عقد ، فهل يخضع ابرامه لطريقة المناقصة أم تملك الادارة التحرر من هذه الطريقة ؟! لقد طرح هذا الموضوع على مجلس الدولة الفرنسى بخصوص اتفاق يتضمن عقد امتياز تملك الادارة ابرامه عن طريق الممارسة ، ولكنه يتضمن فى الوقت نفسه عناصر أشغال عامة وتوريد ، يجب أن تتم عن طريق المناقصة ، فقضى المجلس بترجيح عنصر الامتياز ، الذى يقوم على

اختيار المتعاقدين لصفاته الشخصية «Le caractère d'intuitus personae» وبالتالي آجاز إبرام الاتفاق بعناصره المختلفة عن طريق الممارسة^(١). والمبدأ المستفاد من القضاء السابق ، أن ينظر الى العنصر الغالب في الاتفاق ، وأن تتبع الطريقة التي تتفق وطبيعته ، من حيث المناقصة أو الممارسة ، حتى يمكن اسناد الاتفاق بعناصره المختلفة الى متعاقد واحد ، وهو مالا يمكن تحقيقه لو التجأنا الى أكثر من طريقة لإبرام الاتفاق المركب . ولم نجد قضاء لمجلس الدولة المصري في هذا الصدد . ويمكن الأخذ بالمسلك الذي انتهجه قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص . وهذا هو المعنى المستفاد من فتوى مجلس الدولة الصادرة في ٢٩ يوليو سنة ١٩٥٧ (سبقت) والتي اعتبرت مجموعة الاتفاقات التي تمت بين الادارة وبين المتعاقدين بخصوص استصلاح وتعمير منطقة المقطم والمنطقة بمشاة عقد امتياز يخضع للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ . ولقد سبق أن أشرنا الى حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ١٩٦٩/١/٢٥ والذي قضى بأنه اذا انطوى العقد على مزيج من مقاوله الأعمال والتوريد ، فانه يسرى في شأن كل منها ما ينطبق عليه من أحكام . ولما كان العقد مشار المنازعة قد انصب على اصلاح الدراجات البخارية والموتوسيكلات ، وعلى توريد وتركيب ما يلزم لها من قطع غيار جديدة وصاج وأخشاب ومشمع ومقايض وما الى ذلك واستكمال الفوانيس والاشارات الحمراء . الخ . ولما كان التوريد في هذا العقد ذا شأن محسوس من حيث قيمته وأهميته بجانب العمل ، فان العقد بهذه المثابة ينطوي على مزيج من مقاوله الأعمال والتوريد ، تقع المقاوله على أعمال الاصلاح وتنطبق أحكامه عليه ، ويقع التوريد على المواد وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها .

(١) حكم المجلس الصادر في ٢٣ يوليو سنة ١٩٢٠ ، في قضية «Marianne» المجموعة ص ٧٤٩ وقد جاء في الحكم السابق :

«Il résulte de l'instruction que le projet d'ensemble soumis au Conseil municipal de Pau prévoyait ... la construction et le rachat de terrains voisins susceptibles de permettre l'ouverture d'une voie nouvelle et l'installation dans les bâtiments de l'ancien casino, du musée et de la bibliothèque de la ville; un projet aussi complexe, comprenant la conclusion de l'accord à intervenir avec l'exploitant de l'ancien casino, d'une part justifiait le groupement de diverses opérations entre les mains de la même personne, et d'autre part excluait l'application des règles de l'adjudication».

٤ - ولما كانت الماقصات أو المزايدات العامة تقوم على مبدأ « آلية ارساء الزاد (أو المناقصة) » بتقييد حرية الادارة فى الاختيار الى أقصى حد ، فقد تكشف العمل عن عيوب المغالاة فى التقييد . ومن ثم فقد تنوعت طرق المناقصات والمزايدات بقصد منح الادارة قدرا أكبر من الحرية . وعلى هذا الأساس يميز الفقه الفرنسى بين ثلاثة أنواع من المناقصات العامة على النحو التالى :

أولا : المناقصات العامة المفتوحة «L'adjudication publique ouverte»
وهى التى يسمح بالاشتراك فيها لمن يشاء ، بعد اجراء الملائية التامة ، وتلتزم الادارة باختيار أفضل من يتقدمون فيها من حيث الشروط المالية .

ثانيا : المناقصة المقيدة أو المحددة : «L'adjudication restreinte»
وتختلف عن المناقصة العامة المفتوحة فى تحديد من يسمح لهم بالاشتراك فيها ، فيقتصر حق الاشتراك فى هذا النوع من المناقصات على أشخاص أو بيوت تجارية معتمدة أسماؤها فى سجلات أو كشوف تقررها الجهات الفنية المختصة بالوزارات والمصالح بعد التحرى عنها ، وذلك لتمييزها وكفايتها من النواحي الفنية والمالية ويدعى من لهم حق الاشتراك فى هذا النوع من المناقصات الى تقديم عطاءاتهم بواسطة خطابات موصى عليها .

ثالثا : المناقصة على أساس الموازنة بين السعر والجودة :
«L'adjudication sur coefficients»

ويقصد بهذا النوع الأخير تمكين الادارة من مواجهة الاعتبارات الفنية بجوار الشروط المالية ، فلا ينظر الى الثمن وحده ، ولكن الى جودة العينة أيضا . وعلى هذا الأساس تقدر الاعتبارات الفنية فى المشروع المطروح ، أو البضائع المطلوب توريدها ، ثم تختار الادارة من يتقدم بأفضل شروط مالية لتحقيق أفضل مشروع «Le meilleur prix pour le meilleur projet» وهى ملزمة بهذا الاختيار .

وبالمعنى السابق ، يمكن الجمع بين هذا النوع الأخير وبين أحد النوعين السابقين : فتكون المناقصة عامة أو مقيدة ، مع ارسائها على من يحصل على أعلى نسبة مئوية من حيث جودة الصنف بأقل سعر .

٥ - وبالرجوع الى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية نجد أن المشرع المصرى يميز بين المناقصات الآتية :

مادة ٢ : « تخضع المناقصة العامة لمبادئ العلانية والمساواة وحرية المنافسة ، وهى اما داخلية يعلن عنها فى جمهورية مصر العربية أو خارجية يعلن عنها فى مصر والخارج » .

مادة ٣ : « يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة فى الحالات التى تتطلب بحسب طبيعتها قصر الاشتراك فيها على موردين أو مقاولين معينين سواء فى داخل مصر أو فى خارجها ، على أن تكون قد ثبتت كفايتهم فى النواحي الفنية والمالية وأن تتوافر بشأنهم شروط حسن السمعة » .

مادة ٤ : « يكون التعاقد بطريق المناقصة المحلية فيما لا تزيد قيمته على أربعين ألف جنيه ، ويقصر الاشتراك فيها على الموردين والمقاولين المحليين الذين تقرر الجهة الادارية المختصة التعامل معهم »
وتلجأ الادارة الى كل نوع من هذه الأنواع فى الحالات التى يفرضها المشرع ، فالادارة ليست حرة فى أن تختار المناقصة التى تريدها .

وفيما عدا ما تستلزمه طبيعة كل نوع من أنواع المناقصات السابقة ، فانها تخضع لأحكام عامة واحدة .

٦ - وبصرف النظر عن التفاصيل ، فان تعاقد الادارة عن طريق المناقصات العامة يمر بالمراحل الآتية : (أ) التقدم الى المناقصات العامة . (ب) فحص العطاءات . (ج) ارساء المزايدة (د) إبرام العقد .

ونعرض فيما يلى لكل خطوة من هذه الخطوات :

المبحث الأول

التقدم الى المناقصات العامة (١)

تقوم المناقصات العامة على أساس المنافسة الحرة « concurrence » والمساواة بين المتنافسين « L'égalité entre les concurrents » مع مراعاة القيود التي ترجع الى نوع المناقصة . ولتحقيق الفايدين السالفتين ، تقرر - كقاعدة عامة - مبدأ الاعلان عن المناقصات العامة وعدم التمييز بين المتنافسين - وهو ما نص عليه المشرع صراحة في المادة الثانية من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ حيث يقرر : « تخضع المناقصة العامة لمبادئ العلانية ، والمساواة ، وحرية المنافسة ... » .

الفرع الأول

الاعلان عن المناقصات العامة

- ١ - وهذا الاعلان ضرورى حتى يكون هناك مجال حقيقى للمنافسة بين الراغبين فى التعاقد مع الادارة ، لأن بعض الراغبين فى التعاقد قد لا يعلم بحاجة الادارة الى ذلك . ومن ناحية أخرى فان الاعلان يحول بين الادارة وبين قصر عقودها على طائفة معينة من المواطنين بحجة أنهم وحدهم الذين تقدموا . ولهذا فان مبدأ الاعلان قد ورد النص عليه صراحة فى المادة الأولى من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ وفى المادة الأولى من القانون الحالى رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصات والمزايدات حيث تقول : « يكون التعاقد على شراء المنقولات وتقديم الخدمات ، ومقاولات الأعمال ، ومقاولات النقل عن طريق مناقصات عامة يعلن عنها » . وهذا الالتزام يسرى بالنسبة الى سائر العقود التى تخضع للقانون المشار اليه وقد سبق أن ذكرناها .
- ٢ - أما الأحكام التفصيلية للاعلان ، فقد وردت فى اللائحة . ووفقا للمادة ١٥ منها « يجب الاعلان عن المناقصة العامة فى الوقت

(١) أو المزايدات العامة بحسب طبيعة العقد .

المناسب فى الوقائع المصرية ، كما ينشر عنها مرتين فى جريدة أو جريدتين عربيتين واسعتى الانتشار ، الا اذا كانت قيمة المناقصة تزيد على خمسين ألف جنيه فينشر عنها ثلاث مرات * * * » ويجب الاعلان عن المناقصات الخارجية فى مصر والمخارج .

وتحدد مدة قدرها ثلاثون يوما على الأقل لتقديم العطاءات فى المناقصات العامة وذلك من تاريخ أول اعلان عن المناقصة فى الوقائع المصرية ، ويجوز بترخيص من رئيس الادارة المركزية المختص ، تقصير هذه المدة بشرط ألا تقل عن خمسة عشر يوما اذا دعت الضرورة الى ذلك . ولا يسرى هذا التقصير على المناقصات العامة المتعلقة بالتوريدات السنوية الا فى حالة اعادة طرحها . وتحدد أقل مدة ممكنة لسريان العطاءات بحيث لا تزيد على شهر الا فى حالات الضرورة القصوى التى تحتّمها طبيعة وظروف موضوع المناقصة ، وبموافقة رئيس الادارة المركزية المختص ، وتحسب مدة سريان صلاحية العطاءات اعتبارا من التاريخ المحدد لفتح المظاريف على أن يتم البت فى المناقصة والاختصار فى حالة القبول قبل انتهاء مدة صلاحية سريان هذه العطاءات . فاذا تعذر ذلك ، فعلى الجهة الادارية أن تطلب فى الوقت المناسب الى مقدمى العطاءات قبول مد مدة صلاحية سريان عطاءاتهم الى المدة اللازمة (مادة ١٦) .

هذا عن المناقصات العامة . أما عن المناقصات المحدودة ، فوفقا للمادة ٣٧ من اللائحة ، تجرى الدعوة لتقديم العطاءات بموجب كتب موصى عليها بعلم الوصول تتضمن كافة البيانات الواجب ذكرها فى الاعلان عن المناقصة العامة . كما يجوز الاعلان عنها باذن من رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص عند الاقتضاء ، وفى هذه الحالة يجب أن تتبع ذات اجراءات النشر عن المناقصة العامة . هذا وقد أوجبت المادة ٣٨ من اللائحة أن تجرى المناقصة المحدودة بين أكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة ، والمقيدين بسجل المقاولين والموردين .

وبخصوص المناقصات المحلية ، فقد أوجبت المادة ٤١ من اللائحة الجديدة أن توجه الدعوة الى أكبر عدد ممكن من الموردين والمقاولين المحليين الذين تقرر الجهة التعامل معهم من المقيدین بالسجل الخاص بذلك . ويجوز توجيه الدعوة الى غير المقيدین بهذا السجل بقرار من سلطة الاعتماد المختصة .

ولا شك أن طريقة الدعوة الى التقدم الى المناقصة أو المزايدة عن طريق خطابات مسجلة ، أنجع في العلم من طريقة النشر في الصحف والتي تقوم على مجرد قرينة افتراضية بالعلم .

٣ - ويجب أن يبين في الاعلان الجهة التي تقدم اليها العطاءات وآخر موعد لتقديمها ، والصنف أو العمل المطلوب ، وقيمة التأمين الابتدائي والنهائي ، وثمن النسخة من شروط العطاء ، وأية بيانات أخرى تراها جهة الادارة ضرورية لصالح العمل (مادة ١٥ من اللائحة) ولكي يؤدي النشر الغرض المقصود منه ، من اعطاء الأفراد فرصة كافية للتفكير الهادئ في التقدم الى المناقصات العامة ، أوجبت اللائحة أن تمد كل جهة - قبل الاعلان عن المناقصات أو المزايدات - كراسة خاصة بشروط العطاءات وقوائم الأصناف أو الأعمال وملحقاتها يتم طبعمها وتوزيعها - بعد ختمها واعتماد مدير المشتريات لها - على من يطلبها وفقا للقواعد وبالثمن الذي تحدده الجهة الادارية بشرط أن يكون بالتكلفة الفعلية لكراسة شروط العطاءات والمواصفات وكافة المستندات الملحقة بها ، مضافا اليه نسبة مئوية لا تزيد على ٢٠٪ كمصروفات ادارية ، وتترجم كراسة الشروط والقوائم والمواصفات في حالة المناقصات الخارجية ، مع ذكر أن النص العربي هو المعول عليه في حالة الخلاف أو الالتباس في مضمونها . (مادة ١٧ من اللائحة الجديدة والتي تقابل المادة ٢٦ من اللائحة الملغاة) .

٤ - والمسلم به أن الشروط التي يتطلبها المشرع في الاعلان ملزمة للادارة ، فيتعين عليها احترام أوضاع الاعلان مع حيث المدد ،

وكيفية اجرائه ، وعدد مراته ، والا ترتب على ذلك بطلان المزاد (أو المناقصة) • وعلى هذا يسير قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، فقد حكم ببطلان المزاد اذا لم يتم الاعلان بالطريقة التى نص عليها القانون وهى اللصق على اللوحات المعدة لذلك^(١) «La publication par voie d'affichage»

وكذلك الشأن اذا لم تحترم الادارة المدة المقررة للاعلان^(٢) ، أو اذا لم تسلم لأحد المتقدمين الشروط الكاملة للمناقصة^(٣) • ولكن مجلس الدولة الفرنسى قد تابع فى هذا المجال خطته فى التمييز بين الأشكال الجوهرية «Les formalités substantielles» والشكليات غير الجوهرية «Les f. accessoires» فمن الشكليات غير الجوهرية والتى لم يرتب عليها البطلان ، حالة اغفال الادارة تضمين الاعلان السلطة التى تجرى المزاد^(٤) ، وحالة حدوث خطأ فى الأرقام من السهل أن يتنبه اليه المتقدم^(٥) • وهذا هو المعنى الذى توخاه المشرع المصرى حينما أضاف الى المادة رقم ٢٣ من اللائحة (الملاءة) الفقرة التى بمقتضاها يجوز للوزير المختص - بعد موافقة لجنة البت - النظر فى التجاوز عن مخالفات النشر التى لم تتم وفقا للتنظيم الذى وضعته اللائحة ، وفى ضوء ظروف المناقصة وأثر النشر بالنسبة لعدد المطامات المقدمة فيها • وغنى عن البيان أن الوزير يمارس هذا الاختصاص تحت رقابة القضاء الادارى •

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٦ مارس سنة ١٩٣١ فى قضية «Helbing» المجموعة ص ٣٧٧ •

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٧ أبريل سنة ١٩٢٢ فى قضية «imprimerie commerciale» المجموعة ص ٢٤٩ •

(٣) حكم المجلس الصادر فى ١٠ يونيو سنة ١٩٣٢ فى قضية «Bigot» المجموعة ص ٥٧٢ •

(٤) حكم المجلس الصادر فى ٢٥ يوليو سنة ١٩٢٩ فى قضية «Gantron» المجموعة ص ٥٢٩ •

(٥) حكم المجلس الصادر فى ١٨ يناير سنة ١٩٢٩ فى قضية «Goss de Beausoleil» المجموعة ص ٤٢ •

وفى ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٤ فى قضية «Lauprenson» المجموعة ص ١١٥١ •

ثم ان الادارة ، اذا ما احترمت طريقة الاعلان المنصوص عليها قانونا ، فلا خير عليها في أن تلجأ الى طرق اعلان أخرى ترى أنها أفعل في نقل رغبتها الى الأفراد ، كالاعلان في الراديو أو التليفزيون أو السينما . . الخ^(١) .

الفرع الثاني

المساواة بين المتنافسين

تقوم المناقصات العامة المفتوحة - وكذلك الأنواع الأخرى من المناقصات في خارج ما تفرضه طبيعتها من قيود - على أساس عام ، هو المساواة بين المتنافسين ، بمعنى أن لكل من يملك قانونا أن يتقدم الى المناقصات العامة ، الحق في الاشتراك فيها على قدم المساواة مع باقى المتنافسين ، وليس للادارة أن تقيم أى تمييز غير مشروع بين المتنافسين . غير أن هذا المبدأ العام ترد عليه قيود متعددة ، ترجع الى اعتبارات مختلفة نجملها فيما يلى :

أولاً - طبيعة المناقصة : فالمناقصات المحدودة أو المحلية بطبيعتها مقصورة على أفراد معينين كما ذكرنا فيما سبق ، وبالتالي تكون المنافسة بين من لهم حق الاشتراك فيها دون غيرهم . ومن هذا القبيل أيضا القيود التي فرضها المشرع حديثا نتيجة للسياسة الاشتراكية للدولة من قصر التعاقد بالنسبة لمقود معينة على شركات القطاع العام أو الشركات التي يساهم فيها القطاع العام بنسبة معينة ، أو منحها أولوية في التعاقد . ومن أحدث ما تقرر في هذا الصدد ، المادة ٤ مكررا المضافة الى اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات في ١٩٨٧/٤/٢١ ، والتي تقرر « يجب أن تتضمن شروط التعاقد - بالنسبة الى الحالات التي تستلزم نقل البضائع بحرا - النص على أن يتم النقل عن طريق الشركة المصرية لأعمال النقل البحري ، ويكون الاستثناء من ذلك بموافقة وزير النقل البحري أو من يفوضه » .

(١) مطول دى لوبادير في العقود الادارية ، المرجع السابق ، ص ٢٦٦ .

ثانيا - لما كانت العقود الادارية مرتبطة اشد الارتباط بالمصلحة العامة ، فان من واجب الادارة أن تتأكد مقدما من صلاحية المناقصين أو المزايعدين ، فيتعين على هؤلاء أن يشبثوا قيامهم فى عهد قريبة بأعمال تشبه فى نوعها الأعمال المطروحة فى المناقصة أو المزايدة ، حتى لا تتعاقد الادارة مع بعض المقامرين فتضار المصلحة العامة .
والمسلم به فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى أن للادارة سلطة تقديرية فى هذا المجال^(١) .

وتحرص محكمة القضاء الادارى على ابراز هذا المعنى فى أحكامها الكثيرة ، والتي منها حكمها الصادر فى ٢١ أبريل سنة ١٩٥٧ والذى تقول فيه : « من المبادئ الأساسية التى تخضع لها المناقصة العامة الاعلان وحرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين . والمقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد فى التقدم للمناقصة العامة دون منع الادارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه فى التنافس للوصول الى ارساء المعطاء عليه ، باجراء سواء أكان عاما أم خاصا . الا هذا المبدأ الطبيعى يجد من اطلاقه قيدان : أولهما : يتعلق بما تفرضه الادارة من شروط معينة ترى وجوب توافرها فيمين يتقدم للمناقصة .
وثانيهما : يتعلق بما تتخذه الادارة من اجراءات وهى بصدد تنظيم أعمال المناقصة العامة من استبعاد بعض الأفراد الذين يشبث لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال مستهدية بذلك ألا يتقدم للمناقصة الا الصالحين من الأفراد والقادرين منهم ، فتوفر بذلك كثيرا من الجهد والوقت على لجان الفحص والبث . وقرارات الحرمان التى تصدرها الادارة فى هذا الخصوص تجد سندها ومصدرها فيما للادارة من سلطة وضع مثل هذه القواعد التى تنظم أعمال المناقصة .

« ومن حيث أن قرارات الحرمان أو الاستبعاد تخضع لرقابة القضاء الادارى ، ويجوز الطعن فيها أمامه بالالغاء لاساءة استعمال السلطة اذا كان القرار قد صدر متكبيا الصالح العام أو لأسباب

(١) مطول دى لوبادير فى العقود ، المرجع السابق ، ص ٢٧٠ وما بعدها .

لا تتصل به كالأسباب السياسية مثلا ، كما يجوز الطعن بالالغاء لعدم قيام الأسباب المبررة للاستبعاد أو الحرمان أو لعدم صحة هذه الأسباب ٠٠٠ وكما يجوز اصدار قرارات الاستبعاد بالنسبة للمتعهدين والمقاولين كجزء بسبب العجز فى تنفيذ التزام سابق ، يجوز أيضا استبعاد بعض الأشخاص الغير مرغوب فيهم بما يتجمع لدى الادارة من تقدير عام عن كفاية هؤلاء وقدرتهم دون أن يسبق ذلك ارتباطهم مع جهة الادارة فى عمل ما ، وذلك كاجراء وقائى تمليه غير الادارة لتهيئة الجو الصالح للمناقصة ٠٠٠» (١) .

وتطبيقا لهذا المبدأ قضت المحكمة بسلامة استبعاد شخص لما ثبت للبلدية من أنه على صلة بشركة أساءت فى تنفيذ بعض العمليات ، وأن قدراته الفنية والمالية لمواجهة العمليات محل شك كبير (٢) . كما قضت بصحة استبعاد آخر من الدخول فى المزايدات ، لأنه كان يتخذها ذريعة للتنقل الى مركز الشط بقصد تسهيل مهمته فى تهريب المخدرات والأسلحة (٣) .

ولتمكين الادارة من ممارسة حقها السابق ، فرضت المادة ٥٥ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة (التى تقابل المادة ٣٧ من لائحة المناقصات الملغاة) على مقدمى العطاءات عن مقاولات الأعمال أن يبينوا فى كتاب مستقل يرافق العطاء قيمة الأعمال ، ونوعها وتاريخها ، التى قاموا بها للحكومة والهيئات العامة وشركات

(١) القضية رقم ٢٩٤٦ لسنة ٧ قضائية - (السيد بهجت سليمان ضد وزارة الأشغال) وقد أكدت كل هذه المعانى المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٩ مايو سنة ١٩٥٩ ، السنة ٤ ص ١٢٥٤ -

(٢) حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥٥ ، مجموعة أحكام محكمة القضاء الادارى ، السنة العاشرة ، ص ٥٤ .

(٣) حكمها فى ١٠ مارس سنة ١٩٥٤ ، السنة الثامنة ، ص ٩٢٥ . كما تقول فى حكمها الصادر فى ٣٠ مارس سنة ١٩٥٦ (السنة العاشرة ص ٢٧١) « وأن للوزارة الحق - وهى بصدد تنظيم أعمال المناقصات الخاصة بمشروعاتها - فى أن تستبعد المقاولين الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال وقرارها فى هذا الشأن يصدر بناء على سلطتها التقديرية ٠٠٠ » .

القطاع العام . فإذا كان لم يسبق لهم القيام بأعمال من هذا القبيل ، فعليهم أن يقدموا الى جهة الادارة ما يثبت قيامهم فى عهد قريية بأعمال تشبه فى نوعها الأعمال المطروحة فى المناقصة ومواقعها ومجموع قيمتها وتواريخ اتمامها ، وعليهم عمل التسهيلات اللازمة لمندوبى جهة الادارة لمآينة تلك الأعمال ، وتقديم كافة البيانات والمستندات التى تثبت قيدهم فى مكاتب أو سجلات خاصة وفقا للقوانين أو القرارات التى تنظم ذلك .

ثالثا : ولضمان جدية التقدم الى المناقصات العامة ، يلزم المشرع المتنافسين بتقديم تأمين مؤقت لا يقل عن ١٪ من مجموع قيمة العطاء فى مقاولات الأعمال ، ولا يقل عن ٢٪ من قيمة العطاء فيما عدا ذلك (المادة ١٩ من القانون) ويعفى من التأمين المؤقت (والنهائى) الهيئات العامة وشركات القطاع العام والجمعيات ذات النفع العام والجمعيات التعاونية المشهرة وفقا للقانون ، وذلك عن المروض الداخلة فى نشاطها وبشرط تنفيذها للعملية بنفسها ، ويجوز عند الضرورة للسلطة المختصة ، بعد موافقة لجنة البت ، اعفاء الشركات المحتكرة من ايداع التأمين المؤقت والنهائى اذ طلبت فى عروضها ذلك ، ولم تكن قد اشترطت الدفع المقدم ، « ويجب أن يكون قرار الاعفاء مسببا » (المادة ٢١ من القانون) ولعل المشرع وضع فى اعتباره أن وضع الجهات المشار اليها فى المادة يجعل احتمال عدم الجدية فى التقدم للمناقصات والمزايدات العامة مستبعدا ، وذلك بالنسبة للعطاءات التى تقدم منها بصفة أصلية . أما اذا تقدمت بصفتها وكيالة عن شركات أجنبية ، فان فتوى ادارة الفتوى والتشريع لوزارة الخزانة (رقم ٤٦٨ فى ١١/٧/١٩٦٦) ترى وجوب دفع التأمين . وهو اجتهاد سليم .

وهذا التأمين ، وفقا للمادة ٦٨ من اللائحة ، يكون نقدا ويجوز المقدم العطاء طلب خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقة له لدى جهة الادارة بشرط أن تكون صالحة للصرف وقت تقديم العطاء . ولا يجوز

أن يكون أداء التأمين عن طريق الكفالة . » ويجوز أن تقدم كفالة بقيمة التأمين إذا كانت قيمته تقل عن عشرين جنيهاً (مادة ٦٨ من اللائحة) .

ما أثر عدم تقديم التأمين المؤقت ؟ بالرجوع الى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري - في ظل القانون الملغى ولائحته التنفيذية - نجد أن المحكمة قد أصدرت أحكاماً متعارضة في هذا الخصوص : فهي تقرر في حكمها الصادر في ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٦ أنه يجوز للإدارة وفقاً لللائحة المخازن والمشتريات أن تتساهل في أمر التأمين المؤقت ، فتقبله بعد فتح المظاريف « . . . » هذا فضلاً عن أن التأمين المؤقت مقرر سداً لضمائم جديّة العطاء - فهو بهذه المثابة مشروط بتقديمه حفظاً لصالح الوزارة . ومن ثم لا يجوز أن يستند الى هذه الواقعة من رفض عطاؤه « (١) » أما في حكمها الصادر في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٧ فتقول : « ومن حيث ان الالتزام بتقديم التأمين المؤقت يعتبر من الشروط الجوهرية التي يحتملها مبدأ المساواة بين المتنافسين وذلك ضماناً لجديّة العطاءات ، فاختصاص جهة الإدارة في هذه الحالة يكون مقيداً ، ويكون بالتالي ما قرره لجنة فتح المظاريف من استبعاد عطاء . . . موافقاً للقانون » (٢) .

ولقد حدث تحول مضاد في قضاء المحكمة الإدارية العليا : فهي في حكمها الصادر في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٦٠ (السنة ٦ ص ١٣٩) تؤكد أن التأمين الابتدائي يقصد به تحقيق أمرين : جديّة العطاءات والمساواة بين المتنافسين ، ويترتب على ذلك أنه إذا لم يقدم التأمين الابتدائي ، فإنه من المتعين عدم الالتفات الى العطاء واستبعاده ، فإذا قبلت الإدارة عطاء لم يصاحبه التأمين يكون قبولها غير صحيح ولا ينتج أثراً .

(١) السنة العاشرة ، ص ١١٢ .

(٢) القضية رقم ١٠٥٨٧ لسنة ٨ قضائية ، السيد عوض الله إبراهيم ضد هيئة المسكة الحديد ، ووزارة المواصلات . وفي الموضوع قضت المحكمة بالتعويض استناداً الى هذا السبب .

أما في حكمها الصادر في ٨ مارس سنة ١٩٦٩ (من ١٤ ، ص ٤٣٧) فهي تورد قاعدة عكسية حيث تقول : « ان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن ايداع التأمين المؤقت من مقدم العطاء في الوقت المحدد شرط أساسى للنظر فى عطائه ، وهذا الشرط مقرر للمصالح العام دون ترتيب جزاء البطلان على مخالفته ، اذا ما اطمانت جهة الادارة الى ملائمة مقدم العطاء - ومن ثم فانه لا يقبل من مقدم العطاء التحدى بأنه لم يدفع التأمين المؤقت ما دام أن التأمين غير مشروط لمصلحته - وبناء على ذلك فان ما ذهب اليه الحكم المطعون فيه من ضرورة استبعاد العطاء لأنه لم يكن مصحوبا بالتأمين المؤقت ، دون أن يكون لجهة الادارة الحق فى قبوله ، أمر غير سديد لتعارضه مع اعتبارات المصلحة العامة » .

وهذا القضاء الثانى يتعارض تماما مع مبدأ مساواة المتناقصين ومع صريح نص المادة ٤٨ من اللائحة ، التى توجب - كما رأينا - « عدم الالتفات » الى العطاءات غير المصحوبة بتأمين مؤقت كامل . واذا كان قضاء المحكمة الادارية العليا الجديد من شأنه أن ييسر على الادارة ، فانه قد يفتح بابا للتحايل ، بتعمد البعض تقديم عطاءات غير مصحوبة بتأمين نقدى ، جسا للنقض من حيث أسعار العطاءات - كما أن الادارة وفقا لهذا القضاء ، تستطيع أن تتمسك بعدم تقديم التأمين المؤقت لاستبعاد بعض العطاءات ، ولو كانت الأفضل ، دون أن يكون فى وسع المناقص أو المزايد أن ينتقد موقفها ، مما يجعل موقف الادارة أقرب الى السلطات المطلقة ، منه الى السلطة التقديرية عملا - ولهذا فانتنا كنا - وما زلنا - نؤيد قضاءها الأول الذى عدلت عنه .

رابعا : ويمنع بعض الأفراد من الاشتراك فى المناقصات العامة كمقوبة وذلك فى أحوال مختلفة أهمها :

(أ) سبق التعاقد معه واخلاقه بالتزاماته التعاقدية اخلاقا

جسيما^(١) . وقد نصت المادة ٨٥ من اللائحة الملغاة على حالتين من هذه الحالات يتمين فيهما استبعاد التعاقد المنطوى من التعاقد مع الادارة مستقبلا وهما :

١ - اذا استعمل المتعهد الغش أو التلاعب في معاملته مع المصلحة أو السلاح ، فحينئذ يشطب اسمه من بين المتعهدين وتخطر وزارة الخزانة بذلك لنشر قرار الشطب ، ولا يسمح له بالدخول في مناقصات حكومية ، وهذا علاوة على ابلاغ أمره للنيابة عند الاقتضاء .

ونظر لخطورة الآثار المترتبة على الغش ، فان المحكمة الادارية العليا تشدد في تحديد مواصفاته ، فهي تقول في حكمها الصادر في ١٧ يونية سنة ١٩٦٧ (س ١٢ ص ١١٠٠) « ان مجرد مخالفة المواصفات المتفق عليها لا يشكل غشاً أو تلاعباً يدعو الى شطب اسم المتعهد من قائمة المتعاملين مع الادارة ، اذ يلزم حتى ترقى مخالفة المواصفات الى مرتبة الغش أن يثبت علم المتعهد بهذه المخالفة بما ينطوى عليه هذا العلم من الخداع من جانب المدعى في حقيقة الشيء المسلم من حيث نوعه أو طبيعته أو صفاته الجوهرية التي جرى التعاقد عليها ، ففي هذه الحالة يتوافر سوء القصد الدال على استعمال الغش المبسر للشطب . كذلك فان مجرد مخالفة

(١) قد ينص على هذا الجزاء صراحة في دفاتر الشروط ، ويعتبر كجزاء على ارتكاب أخطاء معينة ، وحينئذ لا يطبق الجزاء الا اذا تحققت تلك الأخطاء المحددة . حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٤ يوليو سنة ١٩١٤ في قضية «Jouffroy» المجموعة ص ٩٤١ . فاذا لم يرد نص من هذا القبيل في العقد ، فان الادارة تملك أيضا استبعاد من سبق التعاقد معه وأخطأ في تنفيذ التزاماته ، ولكن يجب أن يثبت هذا الخطأ ، بمعنى أن قيام الخطأ من عدمه لا يترك لتقدير الادارة المطلق ، وانما تمارسه تحت رقابة القضاء . أحكام مجلس الدولة الفرنسي الصادرة في ١٣ يونيو سنة ١٩١٣ في قضية «Surhomme» المجموعة ص ٦٨٣ وفي ١١ مارس سنة ١٩٢٧ في قضية «Lorenzo» المجموعة ص ٣١٥ ، وفي ١٣ مارس سنة ١٩٢٧ في قضية «Jao» المجموعة ص ٣٢٣ . ولا يراقب القضاء مجرد قيام الخطأ المدعى بقيامه ، بل .. اقرب أيضا جسامته ، حكم المجلس الصادر في ٢٨ مارس سنة ١٩٣٩ في قضية «Fribaut» المجموعة ص ٢٢٤ .

المواصفات فى الكمية الفعلية التى قام المدعى بتسليمها الى العمال فى محله ، وفى الظروف التى تم فيها هذا التسليم لا يمد تلاعبا ، ذلك أن التلاعب الذى يجاوز الاهمال ، ولا يرقى الى مرتبة الغش ، والذى يتعذر حصر مختلف أساليبه ، وشتى صورهِ ، يفترض اتيان المتعهد أعمالا تنم عن عدم التزام المتعهد المادة فى تنفيذ التزاماته ، ومحاولة ايجاد الثغرات للتحلل منها ابتغاء الحصول على منفعة غير مشروعة على حساب المصلحة العامة التى يستهدفها العقد الادارى » .

وغش من يستعين بهم المتعاقد لا يستفاد منه بالضرورة غش الأصيل - وقد أرست المحكمة الادارية العليا هذا الأساس فى سلسلة أحكام تتصل بمتعهد توريد ألبيان يقيم فى القاهرة ويتولى مساعده توريد ألبيان التى يتعاقد عليها فى جهات متعددة . وقد لجأ هؤلاء المساعدون الى الغش ، وحكم عليهم جنائيا ، وبرئ الأصيل لعدم علمه وحسن نيته . فلما لجأت الادارة الى شطب اسمه من سجل الموردين ، لم توافق المحكمة الادارية العليا وقررت : « انه يتمين لو صم المتعاقد مع الادارة بالغش فى تنفيذ التزاماته . . ن يثبت سوء نيته أى علمه بما يشوب الأصناف التى يوردها من غش . وانه وان يكن هذا العلم مفترضا فى المتعاقد مع الإدارة ، الا أنه متى كانت ظروف الحال تنفى هذا العلم عن المتعهد ، فانه لا يسوغ وصمه بالغش . وظروف الحال التى تنفى هذا العلم كما قد تستفاد مما قد يصدر من أحكام جنائية فى شأن ما نسب الى المتعهد من غش : تستفاد أيضا مما قد يرى فى الأوراق متعلقا بمدى حسن نية المتعاقد فى تنفيذ التزاماته التى يتضمنها التعاقد بصفة عامة ، وحجم التعاقد فى ذاته ، وتعدد التزاماته الواردة به » .^(١) (حكمها فى ١٤ مايو سنة

(١) وبعد أن استعرضت المحكمة ظروف الوقائع بالنسبة الى التعاقد ، وما صدر من أحكام جنائية بالبراءة ، وكميات ألبيان الموردة وقيمتها ١٢٦٤٠ جنيها ، وضالة حالات الغش هالت : « فالقول بافتراض علم المدعى بالغش الذى وقع بالألبيان الموردة فى التواريخ المبددة ، أمر تنفيه ظروف الحال وظروف الدعوى . . لاسيما اذا وضع فى الاعتبار استحالة قيام المتعاقد بنفسه بتنفيذ العقد ماديا » .
(م - ١٧ العقود الادارية)

١٩٦٦ س ١١ ص ٦٥٨ ، وبنفس المعنى حكمها في ١٦ مايو سنة ١٩٧٠ س ١٥ ، ص ٣٢٤ وفي ١٦ يناير سنة ١٩٧١ ، س ١٦ ص (١٥١) .

وشطب المتماقد للفنش ، لا يستلزم بالضرورة رفض الصنف المورد ، ذلك أن نص المادة ٨٥ من اللائحة (الملقاة) - كما تقول المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ١٧ يونية سنة ١٩٦٧ (سبق) - « لا يحرم الادارة حقها في شطب اسم المتعهد الذي يستعمل الفنش أو التلاعب في حالة ما اذا لم تر فسخ العقد ، وقبلت الأصناف المخالفة ... » فانه يبقى لها دائما حقها في استبعاد من لا يتمتع بحسن السمعة من قائمة عملائها ، ذلك الحق الأصيل الذي لم يخل به نص المادة ٨٥ . باعتبار أن استعمال الفنش أو التلاعب دال بذاته على عدم تمتع المتعهد بحسن السمعة ، ويبنى على ذلك أن الشطب لا يفنى في حالة تنفيذ العقد عن توقيع الجزاءات الأخرى على المتعهد » .

٢ - اذا ثبت على المتعهد أو المفاوض أنه شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر في رشوة أحد موظفي الحكومة أو مستخدميها أو عملائها أو التواطؤ معه اضراراً بالسلاح أو بالوزارة فيشطب اسمه من بين المتعهدين ، وتخطر وزارة الخزانة بذلك لنشر قرار الشطب مع اتخاذ الاجراءات القضائية ضده .

وهاتان الحالتان على سبيل المثال لا الحصر . ولهذا فقد قررت المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ١٧ فبراير سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٣٣٤) أن المادة ٨٥ فقرة ١ السابقة ليست الا مجرد تطبيق للمبدأ العام ، والقاضي باشتراط حسن السمعة فيمنح بتقديم للتعاقد مع الادارة ، فبعد أن أكدت أن « ... للادارة حق أصيل في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها مع لا يتمتعون بحسن السمعة ، ولها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق ، لا يحدها في ذلك الا عيب اساءة استعمال السلطة » استطردت تقول في خصوص الفقرة المشار اليها أنها « ... لم ترد لحظران الادارة مع حقها في شطب

اسم المتعهد الذى يستعمل الفش والتلاعب فى حالة ما اذا لم ترفض
العقد ، ولكنه ورد - كما تنطلق عباراته - لالزام الادارة بشطب
اسم ذلك المتعهد فى حالة فسخ العقد . أما اذا لم تر الادارة فسخ
العقد ، فانه يبقى لها حقها فى استبعاد من لا يتمتع بحسن السمعة
من قائمة عملائها ، ذلك الحق الأصيل الذى لم يخل به نص المادة ٨٥
سالفه الذكر ، فيجوز لها بمقتضى هذا الحق ، أن تشطب اسم المتعهد
بسبب استعمال الفش والتلاعب ، حتى ولو لم يفسخ العقد لهذا
السبب . وحاصل القول ان شطب اسم المتعهد بسبب استعمال الفش
والتلاعب اذا كان واجبا فى حالة فسخ العقد ، فانه أيضا جائز اذا
لم يفسخ العقد ، ، وهو ذات المعنى الذى أعادت تأكيده فى حكمها
الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٦٧ (سبق) حيث توضح ، أن حق
الاستبعاد لاسم السمعة حق أصيل « لم يخل به نص المادة ٨٥
باعتبار أن استعمال الفش أو التلاعب دال بذاته على عدم تمتع
المتعهد بحسن السمعة » .

على أن المشرع قد أضاف الى المادة ٨٥ المشار اليها فقرة بمقتضى
القرار الوزارى رقم ٦٧ لسنة ١٩٦٧ ، تنص على أنه « يجوز بناء
على طلب صاحب الشأن - وبعد أخذ رأى مجلس الدولة - قيد المتعهد
أو المقاول المشطوب اسمه من سجل المتعهدين ورد مبلغ التأمين
أو جزم منه ، وذلك اذا انتفى السبب الذى ترتب عليه شطب الاسم
أو مصادرة مبلغ التأمين ، كصدور حكم بالبراءة أو حفظ الدعوى
اداريا لعدم ثبوت التهمة المنسوبة الى المتعهد أو المقاول ، على أن
يمرض قرار إعادة القيد على وزارة الخزانة (المالية) لنشره على
كافة الجهات » ، وهذا حكم منطقي .

(ب) اذا كان الفرد يتخذ من المناقصات والمزايدات ستارا
لارتكاب أعمال لا تتفق والمصلحة العامة . ومن ذلك حكم محكمة
القضاء الادارى الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٩٥٤ (س ٨ ، ص

(٩٢٥) والذي يقول بخصوص القرار الصادر بحرمان أحد الأفراد من المناقصات العامة أن ذلك القرار قد استهدف وجه الصالح العام وهو عدم اتخاذ تلك المزايدات والتمهيدات والتنقلات الى مركز الشط ومنه ستارا لتهرب المغدرات والأسلحة ، فلا وجه للتحدى والحالة هذه بأن القرار المذكور يخالف المادة ٨٦٢ من لائحة المشتريات بحرمان المدعى من الدخول في المناقصات ما دام أن منعه من الدخول في المناقصات ، قد قام على ما يبرره من أسباب تتصل بالأمر العام ، وبعد اذ ظهر أن المدعى في تقديم عطاءات بأسعار في ظاهرها تحقيق مصلحة مادية للحكومة وقد تحمل المدعى خسارة مادية ان هي الا ذريعة لينفذ من ورائها الى تحقيق أغراضه الخفية » . وتعتبر هذه الحالة أيضا مجرد تطبيق لشرط حسن السمعة الذي أشرنا اليه في الفقرة السابقة .

(ج) كمقوية تبعية ، لسبق الحكم على الفرد بمقوبة جنائية ، وذلك وفقا لنص المادة ٢٥ من قانون العقوبات التي تنص أن « كل حكم بمقوبة جنائية يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الآتية : أولا - القبول في أى خدمات في الحكومة مباشرة أو بصفة متمهد أو ملتزم أيا كانت أهمية الخدمة -

(د) كنتيجة لفقد الاعتبار «indignité» بسبب الحكم بالافلاس ، أو التجريد من الحقوق المدنية .

خامسا : وقد يرجع سبب المنع الى وجود الفرد في حالة لا يمكن معها الاشتراك في المناقصات العامة ، ومن ذلك حالة الموظفين العموميين^(١) : لقد جاء في المادة السابعة من اللائحة الملغاة (معدلة بقرار وزير الخزانة رقم ٨٦ لسنة ١٩٦٠) أنه :

(١) واستنادا الى هذه القاعدة أفتى مجلس الدولة في ١٤ يناير سنة ١٩٥٧ (مجموعة الفتاوى ، السنة ١١ ، ص ٣٥٠) بأن شيخ البلد باعتباره موظفا عموميا لا يستطيع أن يتقدم بعطاء في مزايدة استغلال سوق الناحية التي هو شيخ فيها . وإذا تقدم فيجب استبعاد عطاءه . واستطردت الفتوى تقول : « على أنه اذا حدث أن تقدم شيخ بعطاءه في مناقصة ولم تقرر الادارة استبعاده منها لعدم علمها بصفته ، =

مادة ٧ : « لا يجوز لموظفى الحكومة ومستخدميها التقدم بمطاعات فى المناقصات كما لا يجوز شراء أصناف منهم أو تكليفهم تنفيذ أعمال ومنع ذلك يجوز شراء كتب من تأليفهم سواء منهم مباشرة أو من المكتبات المودعة بها أو تكليفهم بالقيام بأعمال فنية كالرسم والنحت والتصوير . . . الخ أو شراء هذه الأعمال الفنية منهم اذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية . ويكون الشراء أو التكليف بالعمل الفنى من نفس الكتاب أو نفس العمل الفنى فى السنة المالية بترخيص من السلطات الآتية :

رئيس المنطقة أو الوحدة فى حدود خمسة جنيهاً وبشرط الا يزيد عدد النسخ المشتراة من الكتاب الواحد على خمس نسخ .
رئيس المصلحة فيما لا يجاوز ٢٥ جنيهاً . وكيل الوزارة فيما لا يجاوز ٥٠ جنيهاً . الوزير فيما لا يجاوز مائة جنيهاً . اللجنة المالية بوزارة الخزانة فيما يزيد عن ذلك .

على أنه بالنسبة الى الكتب الدراسية يخول السيد/ وزير التربية والتعليم سلطة الموافقة على شرائها طبقاً للقواعد العامة مهما تكن قيمتها .

أما اذا كان الموظف قد باع بمقد ثابت التاريخ - قبل تاريخ الشراء بستة أشهر على الأقل - حق الطبع والنشر الى مكتبة أو فرد فيكون الشراء طبقاً للقواعد العامة . ويكون شراء حق التأليف أو الطبع أو النشر وفقاً للقواعد التى تقررها اللجنة المالية بوزارة الخزانة . ويصدر بهذا الشراء قرار من الوزير المختص ، اذا لم تتجاوز القيمة أربع مائة جنية . وما يزيد على ذلك يكون بقرار من رئيس الجمهورية .

= ثم رسا عليه الزاد ، فان هذه الصفة لا تكون بمدئذ سببا يبرر إلغاء المقد المبرر معيه ، الا أنه يبين من قانون التوظيف أنه وان كان يقضى بحظر مزاولة الأعمال التجارية على الموظفين ، الا أنه لم يتضمن أى نص يقضى بإبطال العقود التى تبرم بالمخالفة لهذا الحظر ، وهذا دون إخلال بحق جهة الادارة فى محاكمة الموظف الذى يخالف هذا الحظر تأديبياً » .

وبالنسبة الى وزارة التربية والتعليم يكون شراء حق التأليف أو الطبع أو النشر وفقا للقواعد المنصوص عليها بقرار مجلس الوزراء الصادر في ٢٣ مايو سنة ١٩٥٦ . (أضيفت هذه الفقرة بمقتضى القرار رقم ٣٦ لسنة ١٩٦١) .

وقد ورد هذا الحكم في المادة ٣٨ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٢ والتي تقرر « يحظر على العاملين ب وحدات الجهاز الادارى للدولة ووحدات الحكم المحلى والهيئات العامة التقدم بمطامات أو عروض لتلك الجهات ، كما لا يجوز شراء أصناف منهم ، أو تكليفهم بتنفيذ أعمال . ولا يسرى ذلك على شراء الكتب من تأليفهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال فنية كالرسم والتصوير وما يماثلها أو شراء هذه الأعمال الفنية منهم اذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية ، وعلى أن يتم الشراء والتكليف فى الحدود ووفقا للقواعد والاجراءات التى تبينها اللائحة . كما يحظر على العاملين بتلك الجهات الدخول فى المزايدات والممارسات بأنواعها الا اذا كانت الاشياء المشتراة لاستعمالهم الخاص ، وكانت مطروحة للبيع عن طريق جهات غير التى يعملون بها ولا تخضع لاشراف الجهة التى يعملون بها » .

سادسا : وتشترط بعض التشريعات أن يكون المتقدم الى المناقصات العامة مواطنا ، ويكون ذلك لتحقيق اعتبارات متعددة تتعلق بطبيعة العقد ومدى السلطات التى يغولها للمتعاقد ، أو بقصد حماية المواطنين^(١) . وأحيانا تفرض الادارة مقدما شرط الجنسية دون نص خاص من المشرع . وقد جرى القضاء الفرنسى فى أول الأمر على بطلان هذا الشرط^(٢) ولكنه عدل عن هذا المسلك واعترف بشرعية الشرط ، لا فى العقود ذات الطابع السياسى

(١) مثال ذلك قانون ١٨ أغسطس سنة ١٩٣٦ ، وهو يتعلق بالأعمال التى تستهدف القضاء على البطالة فى فرنسا .

(٢) حكم محكمة النقاسيات الصادر فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٦ فى قضية «L'adjudication des marchés من «M. Quenard» وراجع مؤلف «Montcaumon les Mines» publiées de travaux et de fournitures رسالة مقدمة لمائة باريس ، سنة ١٩٤٥ ص ١٣٥ وما بعدها .

أو الحرى فحسب ، وانما فى سائر العقود الادارية (١) .
ولم يتضمن القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات والمزايدات العامة شرطا بخصوص الجنسية فيما يتعلق بالمتعاقد ، وان كان القانون قد تضمن ما يفيد تشجيع المصنوعات المصرية فى بعض الحالات . فقد جاء فى المادة الثامنة من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المتعلقة بالمتعاقد عن طريق الممارسة قولها : « كما يجوز للوزارات والمصالح الحكومية أن تشتري بطريق الممارسة وفقا لأحكام هذه المادة ما تحتاجه من منتجات الشركات الصناعية ، التى تملك الحكومة فيها أكثر من نصف رأس المال ويصدر بتعيينها قرار من وزير المالية والاقتصاد . ويسرى حكم الفقرة السابقة على الشركات التى يرى مجلس الوزراء - بناء على توصية وزارة المالية والاقتصاد - لصالح الاقتصاد القومى الاتفاق معها على شراء منتجاتها بطريق مباشر بالشروط التى يقررها » على أن المشرع قد قرن هذه الميزة بقيد هام اذ يقول : « ويكون للحكومة عند منح الاستثناء المذكور فى الفقرتين السابقتين ، حق مراقبة حسابات الشركات المذكورة من حيث المصروفات والتكاليف وتحديد أسعار البيع ، وذلك طبقا للأوضاع التى يصدر بها قرار من وزير المالية والاقتصاد » .
وقد ورد ذات المبدأ فى المادة ١٨ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والتى تقول : « يجب ارساء المناقصة على صاحب المطاء الأفضل شروطا والأقل سمرا » . ويعتبر العطاء المقدم عن توريدات من الانتاج المحلى أو عن أعمال أو خدمات تقوم بها جهات مصرية ، أقل سعرا اذا لم تتجاوز الزيادة فيه ١٥٪ من قيمة أقل عطاء أجنبى . ولا يجوز الخروج على حكم هذه الفقرة الا فى حالات الضرورة القصوى التى تقتضيها المصلحة العامة وبموافقة وزير المالية » . كما تذكر بحكم المادة ٤ مكررا المضافة الى اللائحة والتى توجب النقل بحرا عن طريق الشركة المصرية لأعمال النقل البحرى ، وأن يكون الاستثناء من هذا الحظر بقرار من وزير النقل البحرى أو من يفوضه .

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ فى قضية «Smith» المجموعة من ١٠٤٠ وفى مايو سنة ١٩٣٦ فى قضية «Société de Ouest africain» المجموعة من ٦٢٠ .

وكان رأينا ، وما يزال ، أن الادارة اذا اشترطت توريد أصناف
مصرية أو فضلت عطاءا لأنه من مصنوعات مصرية ، فإن موقفها
يكون سليما ، ولا يمس مبدأ المساواة بين المتنافسين . بل ان
الاستثناء عن المصنوعات الأجنبية بمثيلاتها المصرية هو أمر حيوى فى
مرحلة التصنيع التى تجتازها البلاد ، فان من أهم مشاكل مرحلة
الانطلاق التى تمر بها مصر مشكلة التمويل ، وعدم توازن الميزان
التجارى لصالحنا . ومن ثم فان سياسة الاكتفاء الذاتى من المصنوعات
المحلية ، توطئة لضغط الاستيراد ليس مشروعا فحسب ، بل هو أمر
حيوى . ويجب العمل من ناحية ثانية على ضرورة تنسيق التجارة بين
جمهورية مصر العربية وبين الدول العربية ، حتى يمكن تقرير نوع
من الأفضلية - على سبيل التبادل - للمصنوعات العربية على الأقل
اذا تساوت فى الجودة والسعر مع المصنوعات الأجنبية ، فهذا ما يحتمه
روح ميثاق الجامعة العربية ، والوحدة العربية^(١) . ومن هذا
القبيل اتفاقيات التكالل الاقتصادى التى أبرمت فى منتصف عام
١٩٨٣ بين مصر والسودان ، والتى تضمنت كثيرا من أوجه المعاملات
التفضيلية للقطرين الشقيقين ، وكذلك اتفاقية تأسيس مجلس
التعاون العربى بين مصر والعراق والأردن واليمن ، والتى تستهدف
تحقيق أعلى مستوى للتنسيق والتعاون والتكامل بين الدول
الأعضاء ، والسمى الى قيام سوق مشتركة وصولا الى السوق العربية
والوحدة الاقتصادية ، والموقعة فى ١٦/٢/١٩٨٩ .

ويجب أن يلاحظ أخيرا ، أن مصر ، كدولة لما تستكمل تصنيفها
بمعد ، لا يمكنها - بل وليس من الصالح - أن تغالى فى شرط الجنسية
فى التعاقد ، لأن كثيرا من مشروعاتنا الكبرى تحتاج الى تعاون
الفنيين الأجانب ، ومساهمة الشركات الأجنبية الكبرى فى
تنفيذها^(٢) . ولهذا فان اللائحة قد عنيت بالاعلان عن المناقصات

(١) راجع فى التفاصيل مؤلفنا « التطور السياسى للمجتمع العربى » .
(٢) أكدنا هذا المعنى فى الطبعات السابقة من هذا المؤلف ، وقد زادت سياسة
الانفتاح الاقتصادى وضوحا .

العامه فى الخارج . ولكن ليس هناك ما يمنع الادارة من أن تشتترط الجنسية العربية فى التعاقد بالنسبة الى العقود التى يمكن للعرب القيام بها على وجه تام ، أو التى تتطلب اعتبارات خاصة لا يمكن أن تتوافر الا فى المواطنين .

سابعاً : حرمت المادة التاسعة من قانون المناقصات والمزايدات العامة الملقى الوساطة فى التعاقد ، فهى تنص على أنه : « تحظر الوساطة فى التعاقد فيما لا يكون التعامل فيه بالبيع عادة الا للحكومة وحدها من مواد ومهمات وآلات مثل القاطرات وعربات السكة الحديد والتليفونات والأسلحة والذخائر سواء أكان التعاقد بطريق المناقصة أم بطريق الممارسة . وكل عطاء أو عرض من هذا النوع يتم عن طريق وسيط يكون واجب الاستبعاد . ولا يسرى الحكم المتقدم على التعاقد مع الحكومة اذا كان مركزه فى الخارج وكان له وكيل معتمد فى مصر » . وقد ورد ذات الحكم فى المادة ٣٦ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والتى تقرر « تحظر الوساطة فى التعاقد فيما لا يكون التعامل فيه بالبيع عادة الا للجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون ، ولا يسرى ذلك على التعاقد مع تلك الجهات اذا كان مركزه فى الخارج ، وكان له وكيل معتمد فى مصر » .

ثامناً : الشرط الخاص بمحل الإقامة : تنص المادة ٤٠ مع لائحة المناقصات والمزايدات الملغاة على أنه « يجب أن يكون مقدم العطاء مقيماً فى جمهورية مصر ، أو أن يكون له وكيل فيها . والا وجب عليه أن يبين فى عطائه الوكيل المعتمد منه فى جمهورية مصر ، فيما رست عليه المناقصة ، وأن يبين فى عطائه العنوان الذى يمكن مغابرتة فيه ويعتبر اعلانه فيه صحيحاً . واذا كان العطاء مقدماً مع وكيل عن صاحب العطاء فعليه أن يقدم معه توكيلاً مصدقاً عليه من السلطات المختصة » . ولقد سبق أن أشرنا الى حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٦٨ (س ١٤ ، ص ٥٦) والذى يقرر أن هذا الاشتراط الأخير « لا اثر له فى قيام الوكالة التى استوفت شروط انعقادها » .

هذا وقد ورد ذات الحكم فى المادة ٥٩ من اللائحة الجديدة حيث
تقرر « يجب أن يكون مقدم العطاء مقيما فى جمهورية مصر العربية
أو أن يكون له وكيل فيها والا يجب عليه أن يبين فى عطائه الوكيل
المعتمد منه فى جمهورية مصر العربية فيما لو رست عليه المناقصة
وأن يبين فى عطائه العنوان الذى يمكن مخاطبته فيه ، ويعتبر
اعلانه صحيحا » (١) .

تاسعا : شرط عدم التعامل مع اسرائيل : كانت اللائحة الملغاة
توجب عدم التعاقد مع من يتعاملون مع اسرائيل على النحو الذى
تضمنته المادة ٤٢ منها حيث تقرر :

مادة ٤٢ - « على الشركات والأفراد المتقدمين بعطاءات أن يقدموا
مع عطاءاتهم تمهيدا بعدم اقامة مصنع رئيسى أو فرعى للتصنيع أو
للتجميع باسرائيل ، ويحظر على وكلائهم تجميع منتجات اسرائيل .
ولا يكون لهم منح حق امتياز استعمال أسمائهم الى الشركات
الاسرائيلية المساهمة فى شركات أو مصانع أو منشآت اسرائيلية .

كما يتعهدون بالامتناع عن التعامل مع الشركات والمؤسسات
الأجنبية العامة والخاصة وفروعها وتلك التى تساهم معها ماليا أو
معنويا فى الحالات التالية اذا لم تسو موقفها بما يتفق وأحكام القانون
رقم ٥٠٦ لسنة ١٩٥٥ ومبادئ المقاطعة خلال مدة ائذارها :

١ - اذا أنشأت لها مصنعا رئيسيا أو فرعيا فى اسرائيل .
٢ - اذا أنشأت لها مصنعا للتجميع فى اسرائيل . ويشمل الحظر
الشركات والمؤسسات الأجنبية التى يقوم وكلاؤها بتجميع منتجاتها
فى اسرائيل .

٣ - اذا ثبت أن شركة اسرائيلية ما قد قامت بتجميع وحدة مع

(١) واستطردت المادة تقول : « اذا كان العطاء مقدما من وكيل عن صاحب
العطاء فعليه أن يقدم معه توكيلا مصدقا حيله من السلطات المختصة ، بالإضافة الى
كافة البيانات والمستندات التى يجب عليه تقديمها وفقا لأحكام القوانين والقرارات
التي تنظم ذلك » .

سلعة أو من بضاعة ما من أجزاء أو قطع غالبيتها مع انتاج شركة أجنبية معينة أو أحد فروعها ، وذلك على نطاق تجارى ، ما لم تثبت هذه الشركة الأجنبية عدم مسؤوليتها عن هذا التجميع ، وقيامها باتخاذ الاجراءات القانونية حيال الشركة الاسرائيلية التى ارتكبت الفعل المشار اليه . ويسرى هذا الحكم اذا كانت الأجزاء المستعملة فى انتاج الوحدة تشكل نسبة تزيد على خمسين فى المائة من أجزاء هذه الوحدة أو كانت الآلة المحركة للوحدة مع انتاج الشركة الأجنبية .

٤ - اذا كان لها وكلاء عامون أو مكاتب رئيسية للشرق الأوسط فى اسرائيل .

٥ - اذا منحت امتياز حق استعمال اسمها الى شركات اسرائيلية .

٦ - اذا ساهمت فى شركات أو مصانع اسرائيلية .

٧ - اذا قدمت المشورة أو الخبرة الفنية الى المصانع الاسرائيلية .

٨ - اذا امتنعت عن الاجابة خلال فترة الانذار على ما يطلب منها من أسئلة تستهدف ايضاح وضعها وتحديد علاقتها مع اسرائيل .

٩ - اذا تناولتها الأحكام الواردة فى المادة الأولى من قانون المقاطعة رقم ٥٠٦ لسنة ١٩٥٥ المشار اليه ، كالأحكام الخاصة بالشركات والمؤسسات الأجنبية التى تعمل لحساب أو مصلحة اسرائيل . وعلى سبيل المثال الشركات والمؤسسات الأجنبية التى تمثل شركات اسرائيلية أو تبيع أو تروج منتجاتها داخل اسرائيل أو خارجها والمؤسسات الأجنبية الأعضاء فى الغرف التجارية الأجنبية الاسرائيلية المشتركة .

ويستثنى من تطبيق حكم هذا البند ، المتاجر الأجنبية التى تعرض أو تروج بعض المنتجات الاسرائيلية بشرط توافر الآتى :

(١) ألا يكون المتجر وكيل الشركة الاسرائيلية التى يعرض منتجاتها أو المستورد الأساسى الحقيقى لهذه المنتجات .

(ب) ألا يمنع عن بيع وعرض المنتجات العربية المماثلة اذا تساوت في السعر والجودة .

(ج) ألا يكون المتجر فرعاً لمؤسسة منتجة أو مصدرة لبضائع يمكن تصريفها في البلاد العربية .

١٠ - اذا أدخلت في منتجاتها الخاصة أدوات أو آلات من إنتاج شركة محظور التعامل معها ، وذلك بعد انذارها واعطائها مهلة لاتقل عن ستة أشهر للاستعاضة عن منتجات الشركة المحظورة التعامل معها بمنتجات شركات أخرى لم تخالف مبادئ المقاطعة المقررة ، وخلال مدة الانذار ، ويسمح بإدخال منتجات هذه الشركة اذا كان وضمها من باقي نواحي المقاطعة سليماً مع التقيد بالقواعد الخاصة بالانذار ، وبشرط ألا تزيد الأجزاء المدخلة مع إنتاج الشركة المحظور التعامل معها عن ٣٥٪ من كامل تكاليف الوحدة الكاملة ، كما يلتزمون بعدم المشاركة في الأعمال التي من شأنها دعم الاقتصاد الاسرائيلي ، علاوة على عدم تمويل اسرائيل بالمواد التي تخدم مجهودها الحربي .

وفي أحوال مخالفة هذه الالتزامات يكون من حق الجهة المتعاقدة إلغاء التعاقد بكتاب موصى عليه وذلك دون اخلال بحق تلك الجهة في المطالبة بالتعويضات .

وبعد اتمام الصلح مع اسرائيل صدر القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٨٠ (في ٢٨ فبراير) ونصت المادة الأولى منه على أن « يلغى القانون رقم ٥٠٦ لسنة ١٩٥٥ بمقاطعة اسرائيل وجميع القوانين المرتبطة به ، كما تلغى القرارات والتشريعات الصادرة تنفيذاً لأي منها » ولهذا خلا القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية من الأحكام المتعلقة بمقاطعة اسرائيل .

عاشراً - وخيراً فإن الدول المختلفة في الوقت الحاضر تفرض على المتقدمين للمناقصات العامة بأقواعها المختلفة شروطاً لا تمت بصلة إلى صالح الأعمال موضوع التعاقد مباشرة ، وإنما تستهدف بها الإدارة أهراضاً متعددة ، أهمها الضغط على رايي التعاقد من تلك

الشركات حتى تحترم الالتزامات التي تفرضها التشريعات الاجتماعية والعمالية «La législation sociale et ouvrière» من ضرورة التأمين على عمالها ، وتقديم الاعانات الاجتماعية ، وأداء الضرائب والرسوم المستحقة على التعاقد ... الخ . وهذه الطريقة بمثابة ضغط غير مباشر ، وخلق جزاء على أفعال لا علاقة لها بالتعاقد . ولهذا فلا نحبذ التسليم بها في مصر الا اذا نص عليها المشرع صراحة .

وهكذا نرى أنه رغم قاعدة المساواة بين المتنافسين ، وحققهم في التقدم الى المناقصات العامة ، فان الادارة تتمتع بقدر كبير من الحرية في استبعاد غير الصالحين أو غير المرغوب فيهم . والمسلم به قضائيا في الوقت الحاضر - كما ذكرنا مرارا - أن استبعاد الادارة لأحد الأفراد من الدخول في مناقصة أو مزاييدة عامة ، هو قرار إداري منفصل «acte détachable» يجوز الطعن فيه استقلالا والغاؤه عن طريق دعوى الالفاء . وسلطة الادارة في الاستبعاد للأسباب السابقة - ولغيرها - هي سلطة تقديرية لاتحكمية . ومن ثم فان الادارة تخضع في استعمالها لتلك السلطة لرقابة القضاء . ويكفي أن نذكر هنا على سبيل المثال قول محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٢١ أبريل سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٢٩٤٦ لسنة ٧ قضائية) : « ... ومن حيث أن قرارات الحرمان أو الاستبعاد تخضع لرقابة القضاء الإداري ، ويجوز الطعن فيها أمامه بالالفاء لاساءة استعمال السلطة ، اذا كان القرار قد صدر متهكبا الصالح العام أو لأسباب لا تتصل به ، كالأسباب السياسية مثلا ، كما يجوز الطعن بالالفاء لعدم قيام الأسباب المبررة للاستبعاد أو الحرمان لعدم صحة هذه الأسباب . على أنه يجب أن يستند الطعن الى أدلة مستمدة من أوراق الدعوى » . وقول المحكمة الادارية العليا في حكمها الصلحدر في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦١ (السنة ٧ ص ١٠٢) بعد أن أكدت حق الادارة في استبعاد غير الصالحين للتعاقد معها لسبب أو آخر « ... ولها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق لا يحدها في ذلك الاعيب اساءة استعمال السلطة » .

الفرع الثالث

كيفية التقدم الى المناقصات وما يترتب على التقدم من آثار

١ - بعد الاعلان عن المناقصات أو المزايدات العامة ، يجب بطبيعة الحال ، أن تحدد مهلة معقولة لكي يفكر فيها من يريد التقدم ، وليزن عطاءه وظروفه جيدا قبل التقدم . وقد ترك القانون تنظيم هذه المدة للائحة ، فوضعت أحكامها في المادتين ٣٠ و ٣١ من اللائحة الملفاة على النحو التالي :

مادة ٣٠ - « تحدد مدة قدرها ثلاثون يوما على الأقل لتقديم العطاءات في المناقصات العامة ، وذلك من تاريخ أول اعلان عن المناقصة في الجريدة الرسمية »

ويجوز بترخيص من وكيل الوزارة المختص أو رئيس هيئة الامدادات والتموين المختص ، تقصير هذه المدة بشرط ألا تقل عن خمسة عشر يوما اذا دعت الظروف الى ذلك . ولا يسرى ذلك على المناقصات العامة المتعلقة بالتوريدات السنوية الا في حالة اعادة طرحها »

مادة ٣١ - « تحديد أقل مدة ممكنة لسريان العطاءات . ففي المناقصات العامة التي لا تحتاج عيناتها الى تحليل كيميائي لا يجوز أن تزيد المدة على خمسة أسابيع في التوريدات السنوية ، وثلاثة أسابيع في المناقصات العامة الأخرى ، وذلك من التاريخ المعين لفتح المظاريف »

وفي المناقصات التي تحتاج عيناتها الى تحليل كيميائي تضاف المدة التي يكون العمل الكيميائي قد حدها لانتهاء منه .

أما في مقاولات الأعمال ، فتحدد مدة سريان عطاءاتها بحسب ظروف كل حالة ، مع مراعاة تقصيرها الى أقل حد ممكن »

أما اللائحة الجديدة ، فقد وردت الأحكام السابقة في المادة ١٦ منها على النحو التالي : « تحديد مدة قدرها ثلاثون يوما على الأقل

لتقديم العطاءات فى المناقصات العامة ، وذلك من تاريخ أول اعلان عن المناقصة فى الوقائع المصرية ، ويجوز بترخيص من رئيس الادارة المركزية المختص ، تقصير هذه المدة بشرط ألا تقل عن خمسة عشر يوما اذا دعت الضرورة الى ذلك ، ولا يسرى هذا التقصير على المناقصات العامة المتعلقة بالتوريدات السنوية الا فى حالة اعاد طرحها .
وتحديد أقل مدة ممكنة لسريان العطاءات بحيث لا تزيد على شهر الا فى حالات الضرورة القصوى التى تحتتمها طبيعة وظروف موضوع المناقصة ، وبموافقة رئيس الادارة المركزية المختص . وتحسب مدة سريان صلاحية العطاءات اعتبارا من التاريخ المحدد لفتح المظاريف ، على أن يتم البت فى المناقصة والاختار فى حالة القبول فور انتهاء مدة صلاحية سريان هذه العطاءات . فاذا تمذر ذلك ، فعلى الجهات الادارية أن تطلب فى الوقت المناسب الى مقدمى العطاءات قبول مدد مدة صلاحية سريان عطاءاتهم الى المدة اللازمة » وواضح أن المادة الجديدة قد شملت حكم المادتين الواردتين فى اللائحة الملغاة .

أما فيما يتعلق بالمناقصات المحلية ، فان المادة ١١١ من اللائحة الملغاة قد أوجبت ارسال طلبات عطاءاتها قبل الموعد المحدد لفتح مظاريفها بوقت كاف لا يقل عن خمسة أيام . وفى حالة الاستعجال ، أوجبت المادة ارسال طلبات العطاءات مع مخصص قبل الموعد المحدد بأربع وعشرين ساعة على الأقل ، على أن تسلم بموجب إيصال مؤرخ . وقد وردت ذات الأحكام فى المادة ٤٣ من اللائحة الجديدة والتى تقرر « ترسل طلبات العطاءات المحلية الى المقاولين أو الموردين الذين تقرر جهة الادارة دعوتهم الى الاشتراك فى المناقصة بواسطة البريد الموصى عليه بعلم الوصول ، قبل الميعاد المحدد لفتح مظاريف العطاءات بوقت كاف ، لا يقل عن خمسة أيام . وفى حالة الاستعجال يجب ارسالها مع مخصص قبل الموعد المحدد بثمان واربعين ساعة على الأقل ، وتسلم بموجب إيصال مؤرخ » .

وهذه المدد - بحدودها الدنيا - أساسية ، ومراعاتها شرط لسلامة اجراءات المناقصة ، فيجب من ناحية الأفراد أن يقدموا عطاءاتهم خلالها ، بحيث يسقط حقهم في الاشتراك في المناقصة اذا فوتوا المدة . ومن ناحية الادارة ، يتعين عليها أن تقبل كل طلب يصل خلال المدة المحددة . ويكفى في هذا الصدد أن يصل العطاء قبل الساعة الثانية عشرة من ظهر اليوم المحدد بالاعلان . وقد نص على هذه الأحكام صراحة في كل من اللائحة الملغاة واللائحة الحالية .

فالمادة ٢٠ من اللائحة الحالية تنص على أن « يقوم رئيس لجنة فتح المظاريف بفتح صندوق العطاءات في الساعة الثانية عشرة ظهرا من اليوم المعين لفتح المظاريف كآخر موعد لتقديم العطاءات . . . »

كما أن المادة ٢١ من ذات اللائحة قاطعة في أنه « لا يلتفت الى أى عطاء أو تعديل فيه يرد بعد الموعد المعين لفتح المظاريف ، ولو كان مرسل من مقدم العطاء في تاريخ سابق لفتح المظاريف ، على أن يراعى تقديمه فور وصوله الى رئيس اللجنة لفحصه والتأشير عليه بساعة وتاريخ وروده ، ثم يدرج في كشف العطاءات المتأخرة . . . »

٢ - ويتعين على كل من يريد الاشتراك في المناقصة الملن عنها أن يحترم الشروط التي حددتها اللائحة والتي يمكن اجمالها فيما يلي :

مادة ٥٣ : تقدم العطاءات موقعة من أصعابها على نموذج العطاء المختوم بخاتم جهة الادارة والمؤشر عليه برقم قسيمة تحصيل الثمن وتاريخها وعلى جدول الفئات المرافق له وترسل داخل مظروف مختوم بالشمع الاحمر يوضع داخل مظروف آخر ويكتب على المظروف الداخلى عبارة عطاء عن () جلسة () وعلى () وعلى الخارجى اسم وعنوان وجهة الادارة أو الوحدة المختصة ويذكر به ما يأتى « بداخله عطاء لمجلة » . . . ويكون ارسالها بالبريد الموصى عليه خالصة الأجرة ، ويجوز وضعها داخل الصندوق المختص لوضع العطاءات . واذا أريد تسليمها لقلم محفوظات الجهة فيكون ذلك بايصال يثبت فيه تاريخ التسليم وساعته .

ويجوز اذا كان العطاء مقدما من فرد أو شركة فى الخارج أن يقدم على النموذج الخاص بمقدم العطاء بشرط قيامه بشراء كراسة الشروط والمواصفات (مادة ٥٣ من اللائحة الجديدة) .
ثانيا - على مقدم العطاء مراعاة ما يلى فى اعداده لقائمة الأسعار (جدول الفئات) :

١ - تكتب اسعار العطاء بالمداد بالعملة المصرية رقما وحروفا باللغة العربية ويكون سعر الوحدة فى كل صنف بحسب ما هو مدون بجدول الفئات عددا أو مقاسا أو غير ذلك دون تغيير أو تعديل فى الوحدة .

ويجوز فى حالة تقديم العطاء من فرد أو شركة فى الخارج أن تكتب الأسعار بالعملة الأجنبية مع ذكر ما تساويه بالعملة المصرية .
ويجب أن تكون قائمة الأسعار مؤرخة وموقعة من مقدم العطاء .

٢ - لا يجوز الكشط أو المخو فى جدول الفئات ، وكل تصحيح فى الأسعار أو غيرها يجب اعادة كتابته بالمداد رقما وحروفا وتوقيعه .

٣ - لا يجوز لمقدم العطاء شطب أى بند من بنوده أو من المواصفات الفنية أو اجراء تعديل فيها مهما كان نوعه .

واذا رغب فى وضع اشتراطات خاصة أو اجراء تعديلات أن يبعثها فى كتاب مرافق لمطائه على أن يشير الى هذا الكتاب فى العطاء نفسه أو أن يرسل التعديل بعد ذلك بكتاب على أن يصل قبل فتح المظاريف ، ولا يمتد بما عدا ذلك من وسائل المراسله .

ولا يلتفت الى أى ادعاء من صاحب العطاء بحصول خطأ فى عطائه اذا قدم بعد فتح المظاريف .

٤ - اذا سكت مقدم العطاء فى مناقصات توريد الاصناف عن تحديد سعر صنف من الاصناف المطلوب توريدها بقائمة الاسعار المقدمة منه فيعتبر ذلك امتناعا منه عن الدخول فى المناقصة بالنسبة الى هذا الصنف .

أما فى مقاولات الأعمال فلجهة الإدارة مع الاحتفاظ بالحق فى استبعاد العطاء أن تضع للبند الذى سكت مقدم العطاءات عن تحديد فئته أعلى فئة لهذا البند فى العطاءات المقدمة وذلك للمقارنة بينه وبين سائر العطاءات . فإذا أرسيت عليه المناقصة فيعتبر أنه ارتضى المحاسبة على أساس أقل فئة لهذا البند فى العطاءات المقدمة دون أن يكون له حق المنازعة فى ذلك .

٥ - يبين فى قائمة الاسعار ما اذا كان الصنف مصنوعا فى مصر أو فى الخارج ، ويترتب على عدم صحة هذه البيانات كلها أو بعضها رفض الصنف علاوة على شطب اسم مقدم العطاء من بين متعهدى الحكومة .

٦ - الفئات التى حددها مقدم العطاء بجدول الفئات تشمل وتغطى جميع المصروفات والالتزامات أيا كان نوعها التى يتكبدها بالنسبة الى كل بند من البنود ، وكذلك تشمل القيام باتمام جميع الاعمال وتسليمها لجهة الإدارة والمحافظة عليها اثناء مدة الضمان طبقا لشروط العقد ، ويمثل الحساب الختامى بالتطبيق لهذه الفئات بصرف النظر عن تقلبات السوق والعملة والتعريفات الجمركية ورسوم الانتاج وغيرها من الرسوم الأخرى .

ثالثا - على مقدمى العطاءات عن مقاولات الأعمال أن يبينوا فى كتاب مستقبل يرافق العطاء قيمة الأعمال ونوعها وتاريخها التى قاموا بها للحكومة والهيئات العامة وشركات القطاع العام . فإذا كان لم يسبق لهم القيام بأعمال من هذا القبيل فعليه أن يقدموا الى جهة الإدارة ما يثبت قيامهم فى عهود قريبة بأعمال تشبه فى نوعها الاعمال المطروحة فى المناقصة ومواقمها ومجموع قيمتها وتواريخ اتمامها وعليهم عمل التسهيلات اللازمة لمدوى جهة الإدارة لمأينة تلك الاعمال وتقديم كافة البيانات والمستندات التى تثبت قيدهم فى مكاتب أو سجلات خاصة وفقا للقوانين أو القرارات التى تنظم ذلك (مادة ٥٥) .

رابعاً - يكون العطاء عن توريد الاصناف حسب عينات جهة الادارة النموذجية والمواصفات أو الرسومات الممتدة التي يجب على مقدم العطاء الاطلاع عليها ، ويعتبر تقديمه العطاء اقراراً منه باطلاعه عليها ويتولى التوريد طبقاً لها ولو رافقت عطاءه عينات أخرى .

على انه بالنسبة الى المنتجات الغذائية والكيمياوية يكون التوريد حسب المواصفات المحددة لها، وإذا لم يكن لها مواصفات يكون التوريد حسب العينات التي يطلب تقديمها مع العطاءات ، وإذا كانت هذه العينات مما يفسد ولا تبقى سليمة حتى التوريد فيكون قبول التوريد على أساس مطابقة نتائج تحليلها على نتائج تحليل عينات التوريد .

وبالنسبة الى المنتجات الهندسية والمعدنية والكهربائية يكون التوريد حسب المواصفات دون التقيد بالعينات ، ويجوز تقديم عينات للاسترشاد بها فقط .

أما منتجات الغزل والنسيج فيكون قبولها وفقاً للشروط والمواصفات والتجاوزات الفنية التي تقرها وزارة الصناعة .

وإذا ما اجازت الجهة الادارية المختصة في اعلانها تقديم عينات مع العطاءات فيجب أن تكون من حجم أو مقياس أو وزن يسمح بالفحص أو التحليل وأن تنطبق عليها الموصفات .

ويكون لمقدمي العينات الحق في استردادها في مدى اسبوعين من تاريخ أخطارهم برفضها بكتاب موصى عليه والا أصبحت ملكاً للحكومة دون مقابل (مادة ٥٦) .

فإذا تقدم أحد الأفراد بعينات أخرى ، فيجب أن يوضح أنه يعلق قبول عطاءه على أساس قبول عيناته هو ، لا عينات الادارة . وبهذا المعنى صدر حكم المحكمة الادارية العليا في ٢٦ مارس سنة ١٩٦٠ (السنة ٥ ص ٥٥٣) حيث تقول : « ... إذا بان من الاطلاع على أصول الأوراق أن المعهد لم يذكر شيئاً عن أسعاره المقدمة عن عيناته

التي أودعها المخازن مقابل ايصال لا يتم عن أكثر من واقعة الايداع ،
وانما الثابت أن المتعهد وضع بخط يده الأسعار التي ارتضى أن يتم
التوريد على مقتضاها قرين الصنفين المشروطين بعينة الوزارة
النموذجية دون أى تحفظ من جانبه أو أية اشارة على أن الأسعار
التي وضعها انما هي عن عينات أخرى غير عينات الوزارة ، بل انه لم
يشر فى العقد الذى وقعه أن هناك عينات أخرى قام بإيداعها يوم أن
قدم عطاءه ووقع كراسة الاشتراطات العامة ، فجاء عطاؤه خلوا تماما
من أى تحفظ أو اشتراط ، فانه اذا قررت الوزارة المدعية قبول
عطاء المتعهد عن هذين الصنفين بأسماره الثنى وضعها على أساس
عينة الوزارة ، فان هذا القبول من جانبها يكون قد صادف ايجاب
المطعون عليه والتقى به عند محله الذى لا يمكن أن يكون التوريد الا
على أساس عينة الوزارة عن جميع الوحدة .. »

واذا ثم تحدد الادارة مواصفات لمينات معينة ، وتركزت للمقدمين
أن يتقدموا بمينات من عندهم ، فان المحكمة الادارية فى حكمها
الصادر فى ٢٧ مايو سنة ١٩٦٧ (من ١٢ ، ص ١١٠٠) قد أخضعت
هذا النوع من التعاقد للمادة ٢٤٠ مدنى والتي تنص على أنه « اذا
كان البيع بالمينة ، وجب أن يكون المبيع مطابقا لها واذا تلفت
المينة أو هلكت فى يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ كان على المتعاقد
الأخر ، بائنا كان أو مشتريا ، أن يثبت أن الشيء مطابق للمينة أو غير
مطابق » وكان موضوع النزاع ينصب على توريد بوية وفقا لمينة
قدمتها الشركة ، وقبلتها الادارة ، وهلكت تحت يدها ، وادعت الادارة
أن الصنف المورد لا يطابق المينة - فقررت المحكمة الادارية العليا
أنه « يقع عليها (الادارة) عبء اثبات ذلك ، ويكون الاثبات بجميع
الطرق بما فى ذلك البينة والقرائن » كما قررت أيضا أنه « متى ثبت
أن المتعهد قد عرض تقديم عينة أخرى تحل محل المينة المقبولة ،
واذ لاقى هذا الايجاب قبولا من القوات البحرية (جهة الادارة
المتعاقدة) فان ذلك يمد اتفاقا بين الطرفين على احلال المينة التى

قدمتها الشركة محل العينة المقبولة التى فقدت بسبب خطأ وقع من طرف المقد .

خامسا - كل عطاء مقدم من شركة يجب أن ترافقه صورة رسمية من عقد تأسيسها ومن قانونها النظامى ، وعند تقديم عطاء من منشأة تجارية لأكثر من شخص واحد فيجب أن ترافقه صورة رسمية من عقد المشاركة . وفى كلتا الحالتين يجب أن ترافق الصورة المقدمة ببيان بأسماء الأشخاص المصرح لهم بالتعاقد لحساب الشركة أو المنشأة ومدى هذا الحق وحدوده وأسماء المسئولين مباشرة عن تنفيذ شروط العقود وامضاء الايصالات واعطاء المخالفات باسم الشركة أو المنشأة ونماذج من امضاءاتهم على أن تكون هذه النماذج على ذات صورة المقد أو التوكيل .

وإذا كان العطاء مقدما من شخص طبيعى أو معنوي فيجب أن ترافق العطاء صورة من بطاقته الضريبية (مادة ٦٠) .

سادسا - يكون توريد الأصناف فى المواعيد والأماكن المبينة بقائمة الأسعار ويراعى عند وضع الأسعار بالعطاء :

(أ) إذا كان تسليم الأصناف بميناء الشحن على ظهر المركب « فوب » « F.O.B. » فيجب أن يشمل السعر المبين بالعطاء العبوات من صناديق وصفائح وبراميل وأكياس وغيرها وكذا مصروفات النقل الى ظهر المركب .

(ب) إذا كان التسليم « C.I.F. » أى بميناء الوصول فيشمل السعر علاوة على المبين بالبند (أ) نولون الشحن البحرى أو الجوى ومصروفات التفريغ من المراكب كما يشمل رسم التأمين فى حالة « C.I.F. » وميناء الوصول .

وفى كلتا الحالتين إذا اشترط المتعهد فى عطائه قيام الجهة صاحبة الشأن بدفع الثمن بموجب اعتماد يفتح بواسطة لحسابه أو لحساب عملائه فى الخارج أو فى الداخل فان مصاريف فتح الاعتماد

يتحملها المتعهد ، وعليه ان يبين فى العطاء مقدار المبالغ المطلوب تحويلها الى الخارج مع بيان نوع العمله والجهة التى سيتم الاستيراد منها .

ومع ذلك يجوز للوزير المختص بعد موافقة لجنة البت الموافقة على تحمل الجهة بمصروفات فتح الاعتماد اذا اشترط المتعهد ذلك ، على ان يؤخذ هذا الشرط فى الاعتبار عند المقارنة والمفاضلة بين مختلف العروض من حيث الأسعار والشروط المقدمة .

(ج) اذا كان التسليم بمخازن جهة الادار فيجب ان يشمل السعر علاوة على المبين بالبند (ب) رسوم الجمارك وجميع أنواع الرسوم الأخرى والضرائب السارية وقت تقديم العطاء ومصروفات النقل الداخلى بحيث تسلم الأصناف لمخازن الجهة خالصة من جميع الرسوم والمصروفات .

(د) فاذا حدث تغيير فى التعريفات الجمركية أو الرسوم أو الضرائب الأخرى التى تحصل على الأصناف الموردة فى المدد الواقعة بين تقديم انعطاء وآخر موعدا للتوريد وكان التوريد قد تم فى غضون المدة المحددة له فيسرى الفرق تبعاً لذلك بشرط ان يثبت المتعهد أنه ادى الرسوم والضرائب على الأصناف الموردة على أساس الفئات المعدلة بالزيادة . أما فى حالة ما اذا كان التعديل بالنقص فتخصم قيمة الفرق من العقد الا اذا اثبت المتعهد أنه ادى الرسوم على الفئات الاصلية قبل التعديل .

وفى حالة التأخير فى التوريد عن المواعيد المحددة فى العقد وكان تعديل فئات الضرائب والرسوم قد تم بعد هذه المواعيد فإن المتعهد يتحمل عن الكميات المتأخرة كل زيادة فى الرسوم والضرائب المشار إليها الا اذا اثبت المتعهد أن التأخير يرجع الى القوة القاهرة ، أما النقص فيها فتخصم قيمته من قيمة العقد . (مادة ٦٤) .

ثامنا - وأخيرا يجب أن يقدم مع كل عطاء تأمين مؤقت لا يقل عن ١٪ من مجموع قيمة العطاء فى مقاولات الأعمال ، ولا يقل عن ٢٪ من قيمة العطاء فيما عدا ذلك (مادة ١٩ من القانون) ، مع مراعاة حالة الاعفاء المقررة فى المادة ٢١ من القانون ، والتي تعفى من التأمين المؤقت والنهائى الهيئات العامة وشركات القطاع العام والجمعيات ذات النفع العام ، والجمعيات التعاونية المشهرة وفقا للقانون ، وذلك عن العروض الداخلة فى نشاطها ، وبشرط تنفيذها للمعملية بنفسها . ويجوز عند الضرورة للسلطة المختصة - بعد موافقة لجنة البت - اعفاء الشركات المحتكرة من ايداع التأمين المؤقت والنهائى اذا طلبت فى عروضها ذلك ، ولم تكن قد اشترطت الدفع المقدم . ويجب أن يكون قرار الاعفاء مسيبا .

ووفقا للمادة ٦٨ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة ، الأصل أن تؤدى التأمينات نقدا . ومع ذلك يجوز لمقدم العطاء طلب خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقة له لدى جهة الادارة بشرط أن تكون صالحة للصرف وقت تقديم العطاء أو وقت تقديم الطلب بالنسبة للتأمينات النهائية . ولا يجوز أن يكون أداء التأمين عن طريق الكفالة ، ولكن يجوز تقديم كفالة بقيمة التأمين اذا كانت قيمته تقل عن عشرين جنيها .

واذا كان التأمين نقدا فيؤدى بايداعه احدى خزائن الحكومة بموجب ايصال رسمى يثبت فى العطاء رقمه وتاريخه ويجوز أن تسحب حوالة بريدية بقيمته ترافق العطاء . وتحسب فائدة على هذه المبالغ .

وتقبل الشيكات على المصارف المحلية اذا كان مؤشرا عليها بالقبول من المصرف المسحوبة عليه كما تقبل الشيكات المسحوبة على مصارف الخارج بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد المصارف الممتمدة .

ومع ذلك يجوز عند الاقتضاء قبول الشيكات العادية دون أن تكون مصرفية أو معتمدة من البنوك المسحوبة عليها إذا تبين وجود ضمانات كافية .

وإذا كان التأمين كتاب ضمان^(١) وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية والا يقتصر على قيد أو شرط وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر جهة الإدارة المختصة مبلغاً يوازي التأمين المؤقت وأنه مستعد لدائه بأكمله أو تجديد مدة سريان كتاب الضمان لمدة أخرى حسبما تراه الجهة الصادرة لصالحها التأمين عند الطلب منها دون التفات إلى أية معارضة من مقدم المطاء .

وعندما ترد لأحدى الجهات الإدارية كفالة عن تأمين نهائي من أحد المصارف المرخص لها في إصدار كتب كفالة أو أحد فروعها عليها أن تتحقق من أن المصرف أو الفرع قد أعطى اقراراً على هذه الكفالة بأنه لم يجاوز الحد الأقصى المعين لمجموع الكفالات المرخص للمصرف في إصدارها .

فاذا تبين عند مراجعة الاخطارات بوزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية أن المصرف قد تعدى الحد الأقصى المحدد له أخطرت الجهة المختصة فوراً لمطالبة المصرف بأن يؤدي إليها في ميعاد لا يجاوز ثلاثة أيام عمل قيمة الكفالة نقداً .

وإذا كانت الكفالة محددة المدة فيجب ألا تقل مدة سريانها عن ثلاثين يوماً على الأقل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان المطاءات .

(١) هذا ويجب ملاحظة ما أفتت به اللجنة الثالثة للقسم الاستشاري بالفتوى رقم ١٦٨٧ في ٢٣ مايو سنة ١٩٥٩ من أن خطاب الضمان عبارة عن كفالة شخصية في حدود مبلغ معين يقدمه الكفيل وهو البنك . . . فلا يعتبر من مستحقات المدين ، وبالتالي لا يجوز الخصم منه بنسب على طلب مصلحة أخرى . وما أفتت به الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بجلسة ١٢/٢٥/١٩٦٠ من أن الكفالة مقصورة على عقد بذاته وهذا يجعلها محدودة بمدة ، فلا يجوز للوزارة أن تخفض مستحقاتها من عقد آخر قبل هذا التمهيد من خطاب الضمان الصادر في شأن العقد الذي أنصبت عليه الكفالة والذي نقد صحيحاً .

وبالنسبة للتأمين النهائي فيكون سريان كتاب الكفالة لمدة تبدأ من وقت إصداره الى ما بعد انتهاء مدة العقد بثلاثة أشهر ، إلا اذا اتفق على غير ذلك (مادة ٦٩ من اللائحة) .

٣- ومما تقدم يتضح أن المشرع في مصر ، اذا كان قد تطلب في العطاءات أن تقدم طبقا للمواصفات التي تعدها الادارة ، كقاعدة عامة ، فانه قد سمح للأفراد أن يقدموا تحفظات أو اشتراطات بشرط أن تقدم في الميعاد . والملاحظ في هذا الصدد أن الادارة كثيرا ما تجيز للمناقضين في بعض المناقصات الهامة ، ذات الطابع الفني ، أن يتقدموا بمشروعات فنية مرادفة «Alternative Scheme» أى مشروعات جديدة تختلف في أصولها ومواصفاتها الفنية عن المشروع المد بمعرفة الادارة . وفي بعض الحالات الأخرى تسمح لهم بأن يتقدموا بعطاءات مرادفة «Alternative offers» بمعنى أن يتقدم المقاول بعطاء آخر مرادفا لعطاءه الأصلي بسعر يختلف عن السعر المقرر للمشروع الأصلي ، لأن المشروع المرادف يتضمن تحسينا أو تعديلا في المواصفات الفنية المقدمة من الادارة ، دون تعديل جوهرى في المشروع الأصلي .

٤- والقاعدة المسلم بها في مصر وفي فرنسا ، أن المناقصين أو المزايدين يلتزمون بمجرد تقديم عطاءاتهم «Les soumissions» ويجرى القضاء الادارى في فرنسا على احترام هذا المبدأ بنفاية الصرامة ، فهو لا يسمح للمناقض أو المزايد بأن يسحب عطاءه قبل البت فيه ولا أن يعدله ^(١) . أما في مصر ، فان الأفراد يلتزمون بمجرد تقديمهم الى المناقصات أو المزايدات العامة ، ولقد قطعت في هذا الموضوع

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٩ يوليو سنة ١٩١٩ فى قضية «Grande» المجموعة ص ٦١١ ، وهو يقرر أن المناقص لا يستطيع أن يسحب عرضه قبل البت فيه .

«A partir de la remise ainsi prévue (des soumissions) les soumissionnaires sont définitivement engagés vis à vis de la commune, il suit de la que sieur G. ... n'est pas fondé à soutenir qu'ayant manifesté la volonté de retirer son offre le contrat n'aurait pu se former faute du concours de consentement des parties».

المادة ٥٧ من اللائحة الجديدة ، والمقابلة للمادة ٣٩ من اللائحة الملغاة بقولها : « يبقى العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تصديده بمعرفة مقدم العطاء بغض النظر عن ميعاد استلامه بمعرفة جهة الادارة حتى نهاية مدة مريان العطاء الممينة باستمارة العطاء المرافقة للشروط . واذا سحب مقدم العطاء عطائه قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف ، فيصبح التأمين المؤقت المودع حقا لجهة الادارة دون حاجة الى اذار أو الالتجاء الى القضاء أو اتخاذ أية اجراءات أو اقامة الدلائل على حصول ضرر (مادة ٥٨ من اللائحة الجديدة) » .

وهكذا نرى أن المشرع المصرى يكون قد أقر المبدأين التاليين :

أولا - مبدأ التزام المتقدم بمطائه من لحظة تقديمه حتى لحظة البت فيه . ثانيا - جواز العدول عن العطاء مقابل فقد التأمين المؤقت بشرط أن يتم العدول قبل التاريخ المعد لفتح المظاريف . وكانت اللائحة الملغاة تخول المناقصين صراحة حق خفض الأسعار قبل التاريخ المعد لفتح المظاريف . وهو مبدأ يعمل به بلا حاجة الى نص . هذا وقد أفتت الجمعية العمومية لقسم الرأى فى ١٠ مارس سنة ١٩٦٥ (س ١٩ ، ص ٣٤٧) بأنه لا يجوز - وفقا للمادة ٣٩ من اللائحة الملغاة - لمقدم العطاء أن يزيد فى أسماؤه ، ولو قبل فتح المظاريف « لأن هذه الحالة لا تندرج تحت أى من الاستثنائين المقررين على القاعدة . كما لا يجوز أن تقاس هذه الحالة على حالة إعدول عن العطاء ، بمقولة ان التعديل برفع الأسعار ما هو الا عدول عن عطاء وتقديم لعطاء جديد . لأنه ليس ثمة نية للانسحاب كلية من المناقصة ، كما وأنه ليس هناك عطاء ان مستقلا يمكن

= وجاء فى حكمه الصادر فى ٦ أكتوبر سنة ١٩٣٥ فى قضية « Dame Antoine » (المجموعة ص ٩٣٩) أن المتقدم لا يستطيع أن يعدل فى عطائه أو أن يستبدل به غير :

« A partir de la remise ainsi prévue (des soumissions) les soumissionnaires sont définitivement engagés vis à vis de la commune : il suit de là que la dame A ... ne pouvait prétendre substituer une nouvelle soumission à celle qu'elle avait régulièrement déposée. »

فصل كل منهما عن الآخر ، بحيث يقال ان مقدم العطاء سحب الأول وقدم الثانى . ولو صح ذلك جدلا ، لكان العطاء الثانى (المعدل) غير مصحوب بتأمين مؤقت ، ولذلك لا يلتفت اليه ، ولا يجوز أن يقال ان التأمين المؤقت المدفوع عن العطاء الأول قد انتقل الى العطاء الثانى ، لأن الفرض أن العطاءين مستقلان ، وأن هذا التأمين قد أصبح حقا لجهة الادارة بالعدول عن العطاء الأول »^(١) .

٥ - ويجب على الادارة من ناحية أخرى أن تبت في العطاءات خلال المدة المحددة لسريانها . وعند انقضاء مدة سريان العطاء ، يجوز لمقدمه استرداد التأمين المؤقت . وفي هذه الحالة يصبح العطاء ملغيا ، وغير نافذ المفعول . فإذا لم يطلب ذلك اعتبر قابلا استمرار الارتباط بعطائه الى أن يصل لجهة الادارة اخطار منه بسحب التأمين وعدوله عن عطائه (المادة ٥٨ من اللائحة الجديدة) .

ومما يثار في هذا الصدد مسألة طلب الادارة مهلة جديدة لنفاذ العطاءات : فإذا قبل المتقدمون كلهم أو بعضهم هذا المد ، فلا صعوبة في الأمر ، اذ يلتزم القابلون بعطاءاتهم المدة الجديدة ، ولا صعوبة في الأمر كذلك اذا رفض المتقدم نفاذ عطائه لمدة اضافية .

ولكن الصعوبة تقوم عند التزام المتقدم جانب الصمت : فكيف نفسر صمته ؟! لقد أفتى مجلس الدولة المصرى فى احدى فتاويه القديمة نسبيا ، فى ١٩٥١/١/٥ ، بأن الادارة اذا أرادت مد المدة ، وأعلنت مقدم العطاء بذلك ، وحددت له مدة معينة لابتداء رأيه ،

(١) وقد حدث فى حالة الفتوى أن عدل أحد المناقصين عطائه بما يزيد من السعر قبل فتح المظاريف ، وقبلت الادارة التعديل بناء على فتوى خاطئة من مجلس الدولة بجواز ذلك . فانتهت الجمعية العمومية لقسم الرأى الى أن التعاقد الذى تم « ينتج أثره ، ويعترب عليه استحقاق التعاقد المذكور لحقوقه قبل جهة الادارة المتعاقد معها على أساس سعر العطاء بعد تعديله بالزيادة . واذا تم الوفاء الى التعاقد المذكور على الأساس مبالغ الذكى ، فانه لا يجوز لجهة الادارة المتعاقد مطالبتة برد الفرق بين أسعار العطاء قبل تعديله ، وأسعاره بعد التعديل » .

فالتزم موقفا سلبيا ، فان « هذا الموقف السلبي من جانب مقدم
المطاء يجب أن يحمل على معنى القبول^(١) » ولكن محكمة القضاء
الادارى قد اتخذت موقفا آخر فى حكمين لها تعرض لهما فيما يلى :

أولا - حكمها الصادر فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٥٧ (القضية رقم
٥٢٥ لسنة ١٠ قضائية) وقد جاء فيه : « ومن حيث أن العقد
الادارى ينمقد بايجاب وقبول متطابقين ، شأنه فى ذلك شأن سائر
العقود . والايجاب فى حالة الشراء بالمناقصة يتقدم به صاحب
المطاء . أما القبول فانه يكون بصدر قرار من الجهة المختصة بإبرام
العقد باعتماد قرار ارساء المناقصة واخطار صاحب المطاء به .
ولا يترتب عن القبول من جهة الادارة الآثار القانونية للعقد الا اذا
وصل الى علم الموجب ، ذلك لأن التراخى ، وهو تطابق الارادتين -
كركن من أركان العقد - يجب التمييز فيه بين وجود التعبير عن
الارادة وجودا فعليا ووجوده وجودا قانونيا ، فالتعبير يكون له
وجود فعلى بمجرد صدوره من صاحبه ، ولكن لا يكون له وجود
قانونى الا اذا وصل الى علم من وجه اليه . والمبرة فى التعبير
بوجوده القانونى لأن هذا الوجود هو الذى يترتب عليه الآثار القانونية
للتعبير . وبطبيعة الحال يجب ابلاغ القبول الى صاحب المطاء خلال
المدة التى يكون ايجابه فيها قائما حسبما تحددها شروط المناقصة .
فاذا وصل الاخطار بقبول المطاء بعد هذه المدة ، فانه لا ينتج أثره
القانونى اذ يتحلل الموجب من ايجابه بفوات الميعاد المتفق عليه ،
الا أنه يجوز له رغم ذلك القبول المتأخر وعندئذ ينمقد العقد .

« ومن حيث ان . . الاخطار بقبول المطاء لم يقع الا بعد ميعاد
الشهر المحدد فى المطاء ، وبعد أن تحلل المدعى عليه من ايجابه ،
ومن ثم فان القبول لا يعتبر أنه صادف ايجابا قائما ، بل هو ايجاب
جديد من جانب الادارة ولم يثبت أن المدعى عليه قبله اذ لم يقم من

(١) فتوى رقم ١١٨٧ فى ١٥/١/١٩٥١ ، مجموعة فتاوى المجلس ، السنة
٤ - ٥ من ٦٩ .

جانبه بأى عمل لا صراحة ولا ضمنا يمكن اعتباره بمثابة قبول يتم به العقد رغم ما أرسله له السلاح من خطابات يستحثه فيها على تنفيذ العقد .

« ومن حيث انه لا اعتداد بما قد يقال من أن سلاح الأسلحة أرسل كتابا للمدعى عليه . . يطلب فيه مد سريان العطاء لمدة ١٥ يوما أخرى ، وأنه عند عدم الرد خلال خمسة أيام يعتبر موافقا على الامتداد ، لا اعتداد بذلك لأن المدعى عليه أنكر وصول هذا الخطاب اليه ، ولم تقدم الوزارة ما يدل على ارسال هذا الكتاب حقيقة الى المدعى أو أنه وصل قبل تاريخ انقضاء سريان عطائه . . » .

ثانيا - واذا كانت نهاية الحكم السابق غير قاطعة في الموضوع ، فإن حكم المحكمة الصادر في ٥ يناير سنة ١٩٥٨^(١) ، يحسم المسألة بشكل قاطع ، اذ تقول المحكمة : « ومن حيث انه يتضح من الوقائع المتقدمة . . أن مدة سريان عطاء المدعى انتهت . . ولما أن كتبت له الكلية بعد ذلك للموافقة على مد المدة . . لم يرد المدعى على الكلية ، ومن ثم فان عطائه قد انتهى في ١٩٤٩/٧/٨ وأصبح المدعى منذ ذلك التاريخ غير مرتبط مع الكلية بأى شيء ، ولا يمكن الاستناد الى سبق موافقته على مد المدة في المرة الأولى . . للقول بقبول مد العطاء مدة أخرى تالية . ومن ثم فتكون الكلية على غير حق اذ اعتبرت المدعى مرتبطا بعطائه ، وتبعا لذلك تكون غير محقة اذا طبقت عليه شروط العقد » .

ولكن هذا القضاء يخالف صريح نص المادة ٣٩ من اللائحة والتي تقول : « . . وعند انقضاء مدة سريان العطاء يجوز لمقدمه استرداد التأمين المؤقت ، وفي هذه الحالة يصبح العطاء ملغى وغير نافذ المفعول ، فاذا لم يطلب ، اعتبر قابلا استمرار الارتباط بعطائه الى أن يصل المصلحة أو السلاح أو الوزارة اخطار منه بسحبه

(١) القضية رقم ١١٢٨ لسنة ١٠ قضائية - السيد أحمد حسن على ضد وزارة التربية والتعليم وجامعة الاسكندرية .

التأمين المؤقت وعدوله عن عطائه » . فهذه المادة قد وضعت قرينة على أن عدم سحب التأمين المؤقت يعتبر بمثابة الموافقة على قبول امتداد نفاذ العطاء . ولقد علقنا على هذا في الطبعة الثانية من هذا المؤلف (ص ٢٥٥) بقولنا : « ولكن هذه القرينة بسيطة ، لم تغلق الباب نهائيا ، إذ سمحت للمتقدم بأن يسحب التأمين في أى وقت قبل ارساء المناقصة في المدة الجديدة . ولما كان المفروض علم الأفراد بحكم هذه المادة ، فإن ترك المتقدم لتأمينه يمكن اعتباره قرينة على سريان عطائه خلال المدة الجديدة . ولكن هذه القرينة ذات حدين ، فهي تقيد الادارة أيضا ، بحيث لا يمكنها استبعاد عطاء بحجة أن صاحبه لم يقبل صراحة المدة الجديدة ، ما دام قد ترك التأمين المؤقت . وهذا الحل الوسط مقبول ، ولا يحول - في نظرنا - بين الأفراد وبين تضمين عطاءاتهم شرطا صريحا يرفضون بمقتضاه بقاء عطاءاتهم نافذه المفعول مددا جديدة الا بقبول صريح من جانبهم » . وبهذا المسلك أخذت المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ١٤ يونية سنة ١٩٦٩ (س ١٤ ، ص ٧٧٨) في قضية تتلخص ظروفها فيما يلي : قيد أحد المناقصين عطاءة بمدة أسبوع من تاريخ فتح المظاريف . وانقضى الميعاد انذى حدده دون أن يتقدم لاسترداد التأمين المؤقت ، فأرست عليه الادارة العطاء ، في ذات اليوم الذى ذهب فيه لاسترداد التأمين المؤقت ، فقضت كل من محكمة القضاء الادارى ، والمحكمة الادارية العليا بأنه ملزم بمطائه استنادا الى المادة ٣٩ من لائحة المناقصات والمزايدات التى تقضى بأن عدم استرداد التأمين المؤقت يعتبر قرينة على الموافقة على مد المدة ، وتظل المدة ممتدة الى أن يصل الوزارة ما يدل على العدول .

ولقد حسمت المادة ٥٨ من اللائحة الجديدة هذا الموضوع ، أخذه بوجه النظر التى أبديناها ، إذ قررت التزام المناقص الذى لم يتقدم لسحب التأمين المؤقت بعطائه « الى أن يصل لجهة الادارة اخطار منه بسحب التأمين المؤقت وعدوله عن عطائه » .

المبحث الثاني

فحص العطاءات وارساء المزاو (أو المناقصة)

سبق أن ذكرنا أن التعاقد عن طريق المناقصة أو المزايدة يتم على مراحل ثلاث : الأولى التقدم بالعطاءات من جانب الأفراد ، والثانية فحص العطاءات وارساء المزاو ، والثالثة ابرام العقد . ولقد انتهينا فيما سبق من دراسة المرحلة الأولى . أما المرحلة الثانية فهي مرحلة تمهيدية ، تستهدف اختيار أفضل المتقدمين وفقا لنوع المناقصة (أو المزايدة) على التفصيل السابق . ويقوم بهذه العملية وفقا للمادة ١٢ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ (والتي تقابل المدة الثانية من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤) لجنتان هما لجنة فتح المظاريف ، ولجنة البت ، فقد نصت تلك المادة على أنه « يكون البت في المناقصة بأنواعها عن طريق لجنتين ، تقوم احدهما بفتح المظاريف والأخرى بالبت في المناقصة » وتبسيطا للإجراءات فان المشرع في القانون الجديد ، اكتفى بلجنة واحدة بالنسبة للمناقصات والمزايدات قليلة القيمة ، حيث تقرر الفقرة الثانية من المادة ١٢ من القانون الجديد ، أنه « بالنسبة للمناقصات التي تقل قيمتها عن خمسة آلاف جنيه ، فيكون فتح مظاريفها والبت فيها عن طريق لجنة واحدة » .

وقد أحالت المادة ١٣ فيما يتصل بتشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت الى قرار يصدر من السلطة المختصة ، على أن يراعى في تشكيلها أهمية وقيمة التعاقد « على أن تضم تلك اللجان عناصر فنية ومالية وقانونية » وزادت على ذلك نصها على وجوب « أن تمثل وزارة المالية بمن تنبئ في لجان البت اذا زادت القيمة التقديرية للمناقصة على خمسين ألف جنيه ، وأن يشترك في عضويتها عضو من ادارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة متى زادت القيمة على ثلاثمائة ألف جنيه » ولا يكون انعقاد لجنة البت صحيحا الا بحضور مندوب عن وزارة المالية أو مندوب عن وزارة المالية وعضو من ادارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة حسب الأحوال » .

وفيما يلي نعرض للأحكام الخاصة بلجان فتح المظاريف ولجان
البت .

الفرع الأول لجنة فتح المظاريف

١ - ووفقا للمادة ١٨ من اللائحة الجديدة ، « يكون تشكيل لجنة فتح المظاريف بقرار من رئيس الادارة المركزية برئاسة موظف تتناسب وظيفته ودرجته مع أهمية المناقصة وعضوية مدير القسم المختص ، وموظف فنى بالنسبة الى مقاولات الأعمال وعضوية مدير المشتريات أو نائبه بالنسبة الى المشتريات ، ويحضر اللجنة مندوب ادارة الحسابات ليتسلم التأمينات ، ويجوز أن ينص القرار على ضم موظف آخر أو أكثر الى عضوية اللجنة » .

ويجب بطبيعة الحال أن تجتمع اللجنة بالتشكيل المقرر في الأمر الصادر بتشكيلها ، والا كان إجتماعها باطلا ، وقراراتها باطلة بالتبعية . ومهمة اللجنة - كما هو واضح من تسميتها - تنحصر في فتح مظاريف العطاءات المقدمة ، تمهيدا لفحص العطاءات والتأكد من مطابقتها للشروط المعلن عنها ، واستبعاد العطاءات التي لا تستوفي الشروط لسبب أو لآخر : إما لطبيعة المناقصة أو للشروط المطلوبة في المتقدمين الى المناقصات العامة ، وعلى التفصيل الذى سبق أن أوردناه .

٢ - وقد تضمنت لائحة المناقصات والمزايدات تنظيم اجراءات فتح المظاريف على النحو التالى :

أولا - يتعين قبل موعد اجتماع لجنة فتح المظاريف تدب موظف ليتسلم العطاءات التى وردت الى قسم الوارد وإلى القسم المختص ووضعها بداخل صندوق العطاءات الموجود بكل جهة ادارية والذى يعد بطريقة لا تسمح باخراج أى شيء من محتوياته ويكون له قفلان

يحفظ مفتاح أحدهما لدى رئيس الجهة أو من ينييه والثاني لدى مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص .

كما يجب على قسم الوارد القيام بالتسليم الفوري لما يرد اليه من عطاءات ، الى لجنة فتح المظاريف صباح اليوم المحدد لفتح اظاريف وحتى الساعة الثانية عشرة ظهرا موعد فتح المظاريف فى جميع الجهات الادارية (مادة ١٩) .

ثانيا - يقوم رئيس لجنة فتح المظاريف بفتح صندوق العطاءات فى الساعة الثانية ظهرا فى اليوم المعين لفتح المظاريف كأخر موعد لتقديم العطاءات ، وعليه اتخاذ ما يأتى :

١ - اثبات الحالة التى وردت عليها العطاءات بعد التحقق من سلامة الاختتام .

٢ - اثبات عدد المظاريف فى محضر فتح المظاريف .

٣ - فض العطاءات بالتتابع ، وكل عطاء يفتح مطروفه يضع رئيس اللجنة عليه وعلى مطروفه رقما مسلسلا على هيئة كسر اعتيادى بسطه رقم العطاء .

٤ - ترقيم الاوراق المكون منها العطاء واثبات عدد تلك الاوراق .

٥ - قراءة اسم مقدم العطاء والاسعار وجملة العطاء على الحاضرين من مقدمى العطاءات أو مندوبيهم .

٦ - اثبات جملة العطاءات بالتفقيط وقيمة التأمين المؤقت المقدم .

٧ - التوقيع منه ومن اعضاء اللجنة على العطاء ومطروفه وكل ورقة على ان تثبت هذه البيانات فى السجل المعد لذلك .

٨ - التأشير بدائرة حمراء حول كل كشط أو تصحيح مع وضع خط افقى قرين كل صنف لم يوضع له سعر بالعطاء والتأشير عليه (م - ١٩ العقود الادارية)

ويجب اثبات كل كشط أو تصحيح وضع حوله دائرة حمراء بمحضر لجنة فتح المظاريف مع بيان ما بداخل الدائرة الحمراء تفصيلا .

٩ - تفقيط الأرقام الغير مقطعة بالخبر الأحمر .

١٠ - التوقيع منه ومن أعضاء اللجنة على جميع هذه التأشيرات .

١١ - التوقيع منه ومن جميع أعضاء اللجنة على محضر اللجنة بعد اثبات كافة الخطوات المتقدمة .

١٢ - تسليم التأمينات لمدوب الحسابات بعد توقيعه بالاستلام على محضر فتح المظاريف كما يوقع رئيس الحسابات فى نفس اليوم أو فى اليوم التالى على الأكثر بما يفيد مراجعته للتأمينات الواردة بها وبأنها قيدت بالحساب المختص .

١٣ - أرفاق المطامات وجميع الأوراق الخاصة بها والمظاريف التى وردت فيها بمحضر اللجنة وتسليمها لمدير المشتريات أو نائبه أو رئيس القسم المختص وذلك لحفظها فى خزانة مغلقة .

١٤ - مراجعة المينات المقدمة من مقدمى المطامات على الكشف الذى دونت به هذه المينات عند ورودها بعد التأكد من سلامة اختتامها وغلافتها ، ويوقعها رئيس اللجنة مع جميع أعضائها كما يقومون على المينات التى ترد داخل مظاريف المطامات بعد اثباتها فى كشف خاص ، وتسليم المينات جميعا الى مدير المشتريات أو نائبة أو رئيس انقسم المختص حسب الحال أسوة بأوراق المطامات .

١٥ - يجب ان تتم اللجنة عملها بأكمله فى الجلسة ذاتها .

ثالثا - لا يلتفت الى أى عطاء أو تعديل فيه يرد بعد الموعد المعين لفتح المظاريف ولو كان مرسلا من مقدم العطاء فى تاريخ سابق لفتح المظاريف ، على أن يراعى تقديمه فور وصوله الى رئيس اللجنة لفحصه والتأشير عليه بساعة وتاريخ وروده ثم يدرج فى كشف المطامات المتأخرة ، ومع ذلك يجوز للوزير المختص بعد موافقة لجنة

البت النظر فى التجاوز عن التأخير فى الحالات التى ترد فيها المطامات المرسله بطريق البريد قبل انتهاء لجنة فتح المظاريف من عملها ويشترط أن يكون التأخير لأسباب خارجة عن ارادة صاحب المطاء وأن يكون المرض المتأخر فى صالح الخزانة . اما اذا ورد المطاء بعد انقضاء لجنة فتح المظاريف فلا يجوز قبوله . وفى جميع الأحوال يعمل بأى خفض فى الأسعار الواردة بالمطاء يصل للجنة قبل انتهاء الميعاد المحدد لفتح المظاريف (مادة ٢١) .

رابعاً - تتولى ادارة المشتريات أو القسم المختص فرز عينات كل صنف وقيدھا بالسجل الخاص بالعينات ، ويجب أن يبين بهذا السجل تاريخ المناقصة ونوعها . وعلى مدير المشتريات أو رئيس القسم ان يرسل فوراً أو فى خلال اليومين التاليين على الاكثر لتاريخ فتح المظاريف ما يقتضى ارساله منها الى المعمل الفنى الحكومى أو الى الجهة المختصة حتى يتسنى اجراء التحليل المطلوب على وجه السرعة ، وعند ورود التقارير الخاصة بها تدون جميع البيانات بالسجل المذكور امام كل عينة ليعرض على لجنة البت (مادة ٢٢) .

خامساً - العينات المقدمة مع المطامات التى لا يمكن بحسب طبيعتها التحقق من مطابقتها للمواصفات أو العينات النوزجية بالمعاينة البسيطة يجب ارسالها الى المعمل الفنى الحكومة المختص أو الى الجهة الفنية المختصة لفحصها واختبارها اذا كانت قيمة الصنف الواحد تزيد على ألفى جنيه - ويمتبر الصنف واحداً ولو اختلفت أوزان أو مقاسات والوان وحداته - وعلى مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص أن يضع عليها ارقاما سرية (مع مراعاة تعليمات الجهة الفاحصة) ويرسل معها كشفا تفصيليا ببيان مفرداتها والفرض الذى من أجله يراد شراء الصنف ومقدار الكمية المطلوبة وثمنها ، على أن يراعى ترتيبها فى الكشف ترتيبا تصاعديا على أساس الأسعار المقدمة ، ويجب توضيح ما قد يوضع عليها من أرقام سرية واختام وتوقيعات لتمييزها ولضمان عدم استبدال غيرها بها ، ومع ذكر

التاريخ المعين للبت فى المناقصة وذلك لى تقوم الجهة الفاحصة بفحصها وموافاة الجهة المختصة بنتيجة الفص قبل التاريخ المذكور بوقت كاف يسمح بفحص المطاءات على ضوء تقرير المعمل عن العينات ورفع التوصيات اللازمة للجنة البت فى المناقصة فى الميعاد المحدد . وعلى جهة الفحص الفنى ان تقوم بفحص العينات واختيارها بالتتابع وأن تختتمها وتضع عليها أرقاما سرية أخرى لتمييزها وترسل عنها تقريراً وافياً بالنتيجة يبين به نسبة الجودة مئوية لكل عينة تم تحليلها وذلك للوصول الى أرخص عطاء يثبت من التحليل ان العينة المقدمة منه تتفق والمواصفات ، وعلى مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص ان يتحقق من حفظ تقارير المعمل الفنى التى ترد تباعاً بملفات المناقصات بعد اثباتها فى السجل الخاص بذلك وقبل عرضها على لجنة الفحص وكذلك التأشير امام كل تقرير برقم الملف المحفوظة فيه (مادة ٢٣) .

سادساً - يكلف موظف مسئول أو أكثر بمراجعة العطاءات قبل تفريفها مراجعة حسابية تفصيلية والتوقيع عليها بما يفيد هذه المراجعة . وإذا وجد اختلاف بين سعر الوحدة واجمالى سعر الوحدات يعول على سعر الوحدة ويؤخذ بالسعر المبين بالتفقيط فى حالة وجود اختلافات بينه وبين السعر المبين بالأرقام . وتكون نتيجة هذه المراجعة هى الأساس الذى يعول عليه فى تحديد قيمة العطاء وترتيبه (مادة ٢٤) .

سابعاً - اذا شكاً مقدم العطاء من حصول خطأ مادى فى عطاءه فيكون الفصل فى الشكوى من اختصاص لجنة البت والوزير المختص بعد استطلاع رأى الجهة المختصة فى مجلس الدولة اذا اقتضى الأمر ذلك (مادة ٢٥) .

ثامناً - يكلف مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص موظفاً أو أكثر تحت اشرافه بتفريغ العطاءات على الاستمارة المعدة لذلك من ثلاث صور ، وعليه ان يعيد ايداعها فى آخر كل يوم فى الخزانة

المقفلة لحين الانتهاء من التفريغ وتدوين جميع ملاحظات واشتراطات مقدمى العطاءات التى تخالف اشتراطات جهة الادارة . ويجب ان تتم هذه العملية فى أقل وقت ممكن حتى يتسنى البت فى المناقصة قبل انقضاء مدة سريان العطاءات ، كما يجب أن يؤثر على الكشف برقم وقيمة اعتماد البند المختص فى الموازنة . وتعمل مطابقة على كشف التفريغ من اثنين من المراجعين ، وتوقع بما يفيد هذه المطابقة ثم تقدم الى لجنة البت (مادة ٢٦) .

٣- وهكذا نرى أن دور لجنة فتح المظاريف هو دور اعدادى ، وبالتالى فان اختصاصها مقيد . ولكنها مع ذلك تتمتع باختصاص نهائى فى بعض الحالات ، لأن من حقها أن تستبعد - كما ذكرنا - كل عطاء لا يكون مستوفيا للشروط المطلوبة ، مثل تقديم العطاء فى الميعاد ، وعلى النماذج المعدة لذلك ، وتقديم البيانات المطلوبة ، وعدم الكشط أو المحو فى جداول الفئات ، وايداع التأمين المؤقت . هذا من ناحية العطاء فى ذاته . ولها أيضا أن تتأكد من أن مقدم العطاء غير محروم من الاشتراك فى المناقصة العامة للأسباب التى سبق ذكرها . وممارسة اللجنة لهذه الاختصاصات انما يتم بقرارات ادارية يجوز الطعن فيها أمام القضاء الادارى، وللقضاء رقابة اللجنة فى ممارستها للاختصاص السابق .

الفرع الثانى

لجنة البت فى العطاءات

١ - تشكل لجان البت فى العطاءات - وفقا للمادة ٢٧ من اللائحة الجديدة - بقرار من سلطة الاعتماد المختصة برئاسة رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص أو من يندبه . وعضوية مدير ادارة المشتريات ومندوب فنى أو أكثر من داخلها أو خارجها مع ذوى الخبرة فى الاصناف أو الأعمال المطلوب توريدها أو تنفيذها وممثل للادارة المالية والادارة القانونية بالجهة الادارية على ان تتناسب وظائف الاعضاء وخبراتهم مع أهمية موضوع التعاقد .

وعلى ان يمثل وزارة المالية فى لجان البت المديرون المالىون بالمحافظات أو المراقبون المالىون بالوزارات أو من يندبه كل منهم • وبالنسبة لغيرها من الجهات فيكون تمثيل وزارة المالية بمن تندبه لذلك على ان يمثل مجلس الدولة أحد أعضاء ادارة الفتوى المختصة يندبه رئيسها فى الحدود المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات •

٢ - ومهمة هذه اللجنة ، اتمام الاجراءات ، بقصد الوصول الى تعيين أفضل المناقصين أو المزايدين حسب القانون • وقد حددت اختصاصات هذه اللجنة فى القانون ولائحته على النحو التالى :

أولاً : تبدأ اللجنة عملها بالتأكد من مطابقة كشوف التفريغ للمطاعات ذاتها • وعليها أن تفحص العينات والفئات وتقارنها بعضها ببعض • ويجب أن تبين اللجنة بالتفصيل الكافى ، على كشف تفريغ المطاعات ، أوجه النقص والمخالفة للشروط والمواصفات فى المطاعات التى رأت عدم الأخذ بها • وعلى اللجنة تدوين مناقشاتها فى محضر يثبت فى سجل خاص ، وترافق أوراق المناقصة صورة من المحضر مؤشرا عليها من رئيس اللجنة بما يفيد مطابقتها للأصل • وللجنة البت - طبقا لحكم المحكمة الادارية العليا الصادرة فى ٥ مايو سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٧٧٩) أن تصحح الأخطاء المادية فى المطاعات ، قبل أن تصدر رأيها فى الموضوع • فقد حدث فى ظروف الدعوى التى صدر الحكم بخصوصها ، أن وقع خطأ واضح فى كتابة سمن صنف من الأصناف ، ولم يكشف أمره الا بعد فتح المظاريف • فلما تقدم صاحب الشأن بشكواه أهملتها لجنة البت ١٠٠٠ لأن الادعاء غير صحيح ، وانما لأنها قدمت بعد فتح المظاريف ، واعلان الأسعار • ولما كانت المحكمة تستخلص من أوراق الطعن ومن استعراض دفاع الطرفين أن الشركة قد وقعت فى خطأ مادى عند تدوين الرقم الذى قبلت أن تورده الكيس رقم ٦ على أساسه ، فسقط عند التدوين رقم الجنية ، ولا يمكن أن ينصرف هذا الخطأ الى سوء فى تقدير السعر عند

وضعه لأن سوء التقدير لا يمكن أن يصل الى حد اعطاء سعر هو دون التكلفة بكثير . . . ومثل هذا الخطأ المادى ليس له من عاصم من واقع القانون ، لأن الممنوع هو الادعاء بخطأ فى تقدير ظروف التوريد وشروطه أو فى المادة المطلوب توريدها ، وذلك بعد اعلان الأسعار . وأما الخطأ الذى مرده الى سقطات القلم عند الكتابة ، فليس فى نصوص القانون ما يمنع تصحيحه . . . وكان يجب على لجنة البت أن تقوم هى بالتصحيح قبل تصويب المطاء ، كما يقضى القانون بذلك ، لأن المطاء على هذه الصورة يحتوى على أخطاء حسابية نتيجة لعدم احتساب الجنية الذى أغفل وضعه خطأ فى الحانة المعدة له . وبناء على ذلك ، فإن امتناع لجنة البت عن التصحيح ، وقبول عطاء الشركة المدعية بوصفه أقل المطاءات المقدمة سعرا لا يضر من الأمر شيئا بعد التصحيح لأن سعرها مع ذلك يظل دون الأسعار الأخرى المقدمة . . . »

ثانيا : يجب عند البت فى المطاءات أن تسترشد اللجنة بالأثمان الأخيرة السابق التعامل بها محليا أو خارجيا ، ويجب بيان هذه الأثمان بكشف التفريغ مع ذكر تاريخ التعامل ، كما يجب الاسترشاد أيضا بأسعار السوق . ويقع على عاتق ادارة المشتريات مسئولية الحصول على هذه الاسعار . وعلى اللجنة اذا رأت الفاء المناقصة واعادتها لارتفاع الأسعار أن يكون ذلك بقرار مسبب تفصيلا ، وأن ترافق أوراق المناقصة الملفاة أوراق المناقصة الجديدة (مادة ٢٩ من اللائحة الجديدة) .

ثالثا : يجب أن تحسب جميع الأسعار على قاعدة واحدة وهى قاعدة تسليم الأصناف بمخازن الجهة الادارية خالصة جميع المصروفات والرسوم مع مراعاة أسعار النقد الأجنبى ومصاريف تحويل العملة وغيرها حتى يمكن عمل مقارنة دقيقة بين المطاءات .

٣ - اذا ما انتهت اللجنة من تحقيق الشروط السابقة واستبعدت ما ترى استبعاده لسبب أو لآخر ، فإن عليها أن تنتهى الى

نتيجة ، وهى ترتيب المطاءات المستوفية للشروط ترتيبا تصاعديا وفقا للأسعار ، وهنا قد تنتهى اللجنة الى وضع من الأوضاع التالية :

أولا - قد توصى بإرساء المطاء : على صاحب أقل سعر أو أعلاه بحسب الظروف . وهذا هو الأصل الذى نصت عليه المادة ١٨ من القانون حيث توجب ارساء المناقصة (أو المزايدة) على صاحب المطاء الأفضل شروطا والأقل سعرا . على أن المشرع قد أورد استثناء من هذا الأصل حيث نص على اعتبار المطاء المقدم عن توريدات من الانتاج المحلى أو عن أعمال أو خدمات تتقدم بها جهات مصرية أقل سعرا اذا لم تتجاوز الزيادة فيه ١٥٪ من قيمة أقل عطاء أجنبى « ولا يجوز الخروج على حكم هذه الفقرة الا فى حالات الضرورة القصوى التى تقتضيها المصلحة العامة ، وبموافقة وزير المالية » .

وهذا هو ما يعرف بألية المناقصة . والأصل أن على اللجنة أن تحكم على المطاءات كما قدمت ، فالمادة ١٦ من القانون الجديد (والمقابلة للمادة الرابعة من القانون الملقى) تنص صراحة على أنه « لا يجوز بعد فتح المظاريف الدخول فى مفاوضة مع أحد مقدمى المطاءات فى شأن تعديل عطائه » . واعمالا لهذه المبادئ أفتى مجلس الدولة (فى ٢ يوليو سنة ١٩٥٧ ، السنة ١١ ص ٤٨٣) بأنه :

(١) يقفل باب المنافسة بين المقاولين فى مناقصة ما بحلول ميعاد فتح المظاريف . فاذا قدم أحد المقاولين عطاء بعد الميعاد المذكور ، يعتبر عطائه غير قانونى ، ولا يجوز قبوله ، ولو كان أنسب المطاءات السابقة « وذلك ضمانا لسرية المنافسة فى الأسعار والشروط التى يتقدم بها كل منهم ، وتحقيقا للفرض الذى جعلت من أجله المناقصات بمظاريف مغلقة ، حتى يتقدم كل مقاول بشروطه الخاصة مستوحيا فى ذلك قدرته الفنية وامكانياته الخاصة فى العمل ، دون ما اضطراب الى منافسة يكون القصد منها ابعاد المنافسين الآخرين بأى ثمن ، ودون نظر الى حقيقة امكانياته وقدرته على التنفيذ المبنيين على

أصول فنية سليمة فيما لو تمت المناقصة بموجب مظاريف مفتوحة مما يؤثر على سلامة العمل المطلوب تنفيذه . . . »

(ب) بحلول ميعاد فتح المظاريف ، يتحدد مركز كل من أصحاب العطاءات بالنسبة للآخر ، وبالنسبة للجهة المقدم إليها العطاء ، فلا يجوز العبث بهذه المراكز باتفاق لاحق لميعاد الفتح يكون من شأنه تعديل هذا المركز ، والا أهدرت المراكز القانونية التي اكتسبها كل منهم بحلول الميعاد المتوهم عنه . ولكن المادة ١٦ من القانون الجديد (والمقابلة للمادة الرابعة من القانون الملغى) قد منحت لجنة البت الحق في مفاوضة مقدمي العطاءات - بعد فتح المظاريف - في حالتين :

الحالة الأولى : يجوز للجنة البت مفاوضة مقدم العطاء الأقل ، المقترن بتحفظ أو بتحفظات للنزول عن كل تحفظاته أو بعضها بما يجعل عطاءه متفقا مع شروط المناقصة بقدر الامكان .

الحالة الثانية : يجوز للجنة البت مفاوضة صاحب العطاء الأقل غير المقترن بتحفظات للنزول بسعره الى مستوى أسعار السوق .

وتجرى المفاوضة في الحالتين المشار اليهما من السلطة المختصة . وقد فسرت محكمة القضاء الإداري حالتى المفاوضة المشار اليهما فيما سبق في ظل القانون الملغى ، بما يستبعد حق الإدارة في مناقشة الأسعار المقدمة ، وذلك في حكمها الصادر في ٢٨ أبريل سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ١٧٥٣ لسنة ١٠ قضائية) حيث تقول :

« ومن حيث انه يبين من النص سالف الذكر (المادة ٤ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤) أن المفاوضة مع مقدمي العطاءات تتم في حالتين : الأولى : حالة ما اذا كان العطاء الأقل مقترنا بتحفظ أو تحفظات وكان أقل عطاء غير مقترن بشيء من ذلك تزيد قيمته الرقمية كثيرا على العطاء المقترن بتحفظات . والثانية : حالة ما اذا كانت العطاءات كلها مقترنة بتحفظات أو كانت كلها غير مقترنة بشيء منها وكان العطاء الأقل يزيد على القيمة السوقية ولم يتقرر إلغاء المناقصة لهذا السبب . »

« ومن حيث انه مما يجب التنبيه اليه يادىء ذى بدء أن المفاوضة مع مقدمى العطاءات لا يمكن أن تحصل الا بالنسبة للتحفظات الواردة على شروط المناقصة ، وأنها لا يمكن أن تتناول فئات الأسعار ، إذ أن الأخذ بفكرة المفاوضة فى فئات الأسعار لا يتفق والقانون ، فضلا عما ينطوى عليه من اضافة حكم لم يرد به ، ومجاافته للمبادئ العامة للمناقصات التى تقوم أصلا على المفاضلات بين العطاءات من حيث الأسعار وارساء المناقصة على مقدم أقل عطاء ، وبذلك تنهى الفرصة لجميع المشتركين فى المنافسة ليتساووا فى المعاملة . ومن ثم فانه يجب أن يكون مفهوما أن ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة الرابعة سألغة الذكر من الترخيص للإدارة بالتفاوض ولو كانت كل العطاءات غير مقترنة بتحفظات ، مقصود به أن تكون العطاءات كلها - فيما عدا العطاء الأقل - قد وردت خالية من أى تحفظ ، ولذلك تقع المفاوضة مع مقدم أقل عطاء مصحوب بتحفظات فى حدود ما رسمه القانون ، والا لما كان هناك محل لهذه الفقرة كلية به . ولما كان صاحب أقل عطاء - ما لم يستبعد - هو فى الأصل صاحب الحق فى ارساء المناقصة عليه ، اذا كان عطاؤه مناسبا ، فانه ليس لجهة الإدارة أن تترك عطائه لمجرد أنه مقترن بتحفظات ، ثم تتفاوض مع مقدم العطاء الذى يليه غير المقترن بتحفظات بل تجرى المفاوضة مع صاحب أقل عطاء مقترن بتحفظات لينزل عن كل تحفظاته أو بمضاهى بما يجعل عطائه متفقا وشروط المناقصة - ولا ضير فى هذا الاجراء على أصحاب العطاءات الأخرى ، ولا يغفل بالمساواة الواجبة بالنسبة اليهم ، كما أن المفاوضة فى هذه الصورة مع مقدم العطاء غير المقترن بتحفظات معناه أن مفاوضته ستكون بقصد تعديل فئات الأسعار ، وهو أمر غير جائز كما سبق البيان . أما فى حالة ما اذا كانت العطاءات كلها مقترنة بتحفظات فانه يتعين من باب أولى البدء بالمفاوضة مع صاحب أقل عطاء . فاذا رفض ، فيجوز التفاوض مع من يليه ، بحيث لا تجرى مفاوضة فى التعديل مع صاحب عطاء الا اذا رفض هذا التعديل لجميع مقدمى العطاءات الأقل منه . »

ثم استطردت المحكمة قائلة : « ٠٠٠ لكل مناقص الحق في أن يضمن عطاءه ما يشاء من تحفظات واشتراطات خاصة تختلف عما تشترطه الإدارة ، وهذا الحق مقرر لكل صاحب عطاء ، وقد أشير إليه في كل من اللائحة والمادة ٤ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ ٠٠٠ ومتى كان الأمر كذلك فإن المفاوضة التي تنتهي الى نزول المناقص عن كل أو بعض تحفظاته - في الأحوال التي تجوز فيها هذه المفاوضة - وقبول جهة الإدارة هذه النتيجة - لا يمكن اعتباره تعديلا لاحقا لأسعار المطاء ٠٠٠ اذ أن المفاوضة لا تتناول فئات الأسعار بالتعديل ، بل تهدف الى جعل المطاء متفقا مع شروط المناقصة بقدر الامكان ، وبما لا يدع مجالا للشك في أن المطاء موضوع المناقصة هو أصلح المطاءات ٠٠٠ » .

وهذا الحكم يتمشى مع المبادئ الأساسية التي تحكم المناقصة العامة ، وان كانت حرفية الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون الملغى لا تطابق هذا التفسير .

ثانياً : تجزئة مقادير المطاء : اذا تساوت الأثمان بين عطاءين أو أكثر ، يجوز تجزئة المقادير المعلن عنها بين مقدميها اذا كان ذلك في صالح العمل . كما يجوز تجزئتها أيضا اذا كان مقدم المطاء الأقل سعرا يشترط مددا بعيدة للتوريد لا تتناسب وحالة العمل بالجهة الادارية ، فيمكن علاجها لهذه الحالة أن تشتري الإدارة ، من أنسب المطاءات التالية ، أقل كمية تلزم لتمويل المخازن في الفترة الواقعة بين تاريخي التوريد . وعلى اللجنة في هذه الحالة أن تثبت في تقريرها الباقي الموجود بالمخزن من الصنف ومتوسط الاستهلاك (المادة ٦٦ من اللائحة الجديدة والمقابلة للمادة ٧٠ من اللائحة الملغاة) .

والتجزئة في الحالات السابقة تفترض أن موضوع المناقصة أو الزائدة قابل للتجزئة . فاذا لم يكن كذلك فلا محل للتجزئة ، وحينئذ يتعين على اللجنة أن تختار المناقص الأصلح من بين المناقصين الذين يتساوون في أقل عطاء . ولها أن تسترشد في التمييز بينهم بالقواعد

التي يضمها المشرع ، مثل تفضيل المصنوعات المصرية ، أو الكفاءة الشخصية للمتقدمين ، أو رعاية المصريين . فإذا عجزت فلا مناص من الالتجاء الى القرعة اعمالا للمساواة التامة بين المناقصين^(١) .

هذا وننبه الى حكم المادة ٣٩ من القانون الجديد ، والتي تحرم اللجوء الى تجزئة المشتريات أو الأعمال أو الخدمات بقصد التحايل لتفادي الاجراءات أو الضوابط أو الضمانات أو الشروط المقررة بأحكام القانون .

ثالثا : الاستغناء عن المناقصة : نصت المادة ٣٤ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ (والمقابلة للمادة ٧ من القانون رقم ٢٦٧ لسنة ١٩٥٤ الملغى) على الغاء المناقصة في حالة ، وجواز الاستغناء عنها في حالتين :

الحالة الأولى : تلفى المزايدة بعد النشر عنها أو الدعوة اليها وقبل البت فيها ، اذا استغنى عن البيع أو التأجير نهائيا أو اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك .

الحالة الثانية : يجوز الغاء المزايدة في حالتين هما :

١ - اذا لم يتقدم في المزايدة سوى عرض وحيد مستوف للشروط .
٢ - اذا لم تصل نتيجة المزايدة الى الثمن الاساسي .
وقد اوجب المشرع - في جميع الحالات - أن يصدر قرار الغاء المزايدة مسبقا من السلطة المختصة .

وواضح أن اللجنة لن توصي في بعض الحالات السابقة بالغاء المناقصة الا اذا لم تر المفاوضة مع مقدمي المطاوعات على النحو

(١) هذا ولقد جاء في فتوى المجلس الصادرة في ٧ يوليو سنة ١٩٥٧ (سبقت) أن وزارة الأشغال اذا كلنت قد اشترطت عدم تجزئة الأعمال المتعلقة بالخرسانة والأشغال المدنية الخاصة بانشاء كوبرين ملاحيين ، فانه لا يجوز لها بعد ذلك أن تفصل بين نوعي الأعمال المنوه عنهما . ولكن يجوز أن تتقدم في المناقصة عدة مقاولين متضامنين لتنفيذ العملية معا ككل لا يتجزأ .

الذى شرحناه فيما سلف . هذا وقد ذهبت محكمة القضاء الإدارى الى أن رأى لجنة البت فى هذه الحالات هو رأى استشارى^(١) .
على أن المادة قد أوردت حالة جديدة بالعناية وهى حالة العطاء الوحيد ، نستعرض أحكامه فيما يلى :

والعطاء الوحيد : أما أن يكون كذلك لأن مزايدا واحدا هو الذى تقدم ، وأما أنه أصبح كذلك نظرا لاستبعاد باقى العطاءات لمخالفتها للشروط ، وحينئذ تفقد المناقصة أو المزايدة جوهرها الذى يقوم على المنافسة . ومن ثم فإن الأصل أن تلتفى المناقصة فى هذه الحالة لاعادة طرحها من جديد . وهو ما نصت عليه صراحة الفقرة (١) من المادة ٣٤ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ كما رأينا .

(١) جاء فى حكمها الصادر فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٦ قولها : « لا وجه للتحدى فى هذا الصدد بأن (الغاء المناقصة) لم يحصل بناء على رأى لجنة البت طبقا للفقرة الأخيرة من المادة السابعة من القانون (رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤) لأن القانون لم يشترط موافقة لجنة البت على الالغاء ، بل اكتفى بأخذ رأيها ، أى أن رأيها استشارى ولا يلزم الجهة المختصة بالالغاء ... الأمر الذى يدل على أن الاجراء الشكلى الخاص بلجنة البت عند الغاء المناقصة ليس جوهرى ، كما أن عدم تقرير جزم فى القانون لتخلف هذا الاجراء لا يستتبع بطلان القرار الصادر بالالغاء . على أنه من الواضح أن هذا الاجراء الشكلى موضوع لصالح جهة الادارة بالذات ، فاذا هى تخلفت عن أعماله ، فإن ذلك لا يستتبع التمسك عليها بالبطلان من جانب الأفراد ، القضية رقم ١٣٠٣٧ السنة ٨ قضائية منشور فى مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ١١ ص ٣١ .

والواقع أن هذا الحكم قد أثار كثيراً من الموضوعات المتنازعة :

(أ) فالذى لا شك فيه أن للادارة الاستغناء عن المناقصة بعدم التعاقد كلية كما سنرى . وفى هذه الحدود يكون الحكم سليما .

(ب) اذا أريد الغاء المناقصة لسبب من الأسباب الوزارة فى المادة ٧ فيتمتع عندنا أخذ رأى لجنة البت مقدما . وذلك لأن المادة صريحة ولا تحتمل التأويل .

(ج) عدم النص على جزم لعدم اتباع الاجراءات الادارية لا يعنى عدم ترتيب جزم كما تقول المحكمة ، ذلك أن الاجراءات الادارية يفرض أنها مقررة لحماية الصالح العام ، ومن ثم يترتب البطلان على مخالفتها دون حاجة الى نص صريح . (يراجع فى التفاصيل مؤلفتنا القضاء الإدارى ورقائته لأعمال الادارية ، والنظرية العامة للقرارات الادارية) .

(د) لا شك فى سلامة التمييز بين الاجراءات الجوهرية وغير الجوهرية كقاعدة عامة ، ولكننا نعتقد أن تطبيقها هنا مقيد بالتمييز بين الحالتين اللتين أشرنا اليهما فى الفقرتين السابقتين .

ولكن الفقرة الثانية من المادة ٣٣ من اللائحة التنفيذية الجديدة ، قد أجازت - بموافقة سلطة الاعتماد المختصة - قبول المطاء الوحيد بشرط :

١ - أن تكون حاجة العمل لا تسمح بإعادة طرح المناقصة أو ألا تكون ثمة فائدة من إعادتها .

٢ - أن يكون المطاء الوحيد مطابقا للشروط ومناسبا من حيث السعر .

رابعاً : إذا كانت وسيلة التعاقد هي المزايدة فقد نظمها القسم الخامس من اللائحة الجديدة : فتضمن الفصل الأول من هذا القسم الأحكام العامة : فنصت المادة ١٠٤ على أنه لا يجوز بيع الأصناف الجديدة للوزارات والمصالح ووحدات « والحكم المحلي » والهيئات العامة . وإجازت اللائحة بيعها لغير هذه الجهات في ثمانية أحوال « وفي هذه الأحوال الاستثنائية يكون البيع بدون مزايدة في الحدود التي نص عليها قانون تنظيم المناقصات والمزايدات » أما الأصناف غير الصالحة للاستعمال أو التي يخشى عليها التلف أو التي بطل استعمالها ، وكذا الأصناف الزائدة على الحاجة فتباع بالمزاد وفقاً للأحكام المقررة في المواد من ١٠٥ الى ١٠٧ من اللائحة الجديدة . أما الفصل الثاني من القسم الخامس فقد نظم طرق وإجراءات التعاقد (المادة ١٠٨) والشروط الخاصة بالبيع (مادة ١٠٩) والجهة التي تعتمد قرارات وتوصيات لجنة البيع أو التأجير (مادة ١١٠) ويكون تأجير المقاصف وغيرها بطريق المزايدة في حدود القواعد المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية بشأن أحكام وإجراءات البيع ، على أن تختص لجنة التثمين بوضع حد أدنى لا يجازر المكان المطلوب تأجيره بمراعاة آخر قيمة إيجارية وإيجار المثل وغيرها من العناصر المؤثرة (مادة ١٢٠) .

خامساً : اختلاف أعضاء لجنة البت في الرأي واختلافهم مع الجهة المختصة : نظمت هذه الحالة المادة ٣٠ من اللائحة التنفيذية

الجديدة ، فقد نصت على أنه إذا اختلف رأى لجنة البت أو رأى أغليبيتها مع رأى رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص حول استبعاد بعض العطاءات أو اعتبار العطاء أصلح العطاءات لارساء المناقصة على مقدمه أو اجراء أو عدم اجراء المفاوضة أو غير ذلك فيعرض الأمر على السلطة الأعلى مباشرة للبت فيه نهائيا . أما اذا اختلف أعضاء اللجنة فى الرأى فيجب اثبات أوجه الخلاف فى المحضر ويكون الفصل فى ذلك للسلطة التى لها حق اعتماد نتيجة المناقصة . وفى حالة الاختلاف فى الرأى مع المندوب الفنى ، فيجوز لرئيس اللجنة أن يطلب مندوبا آخر للانضمام الى المندوب الأول للاسترشاد برأيه . فاذا اتفق رأيهما يؤخذ به . وإن اختلفا يعرض الأمر على رئاستهما لترجيح أحد الرأيين . (وتقابلها المادتان ٧١ و ٧٢ من اللائحة المرفقة) .

الفرع الثالث

اعتماد المناقصة ومدى حرية الادارة فى اختيار التعاقد

١ - قرار لجنة البت بارساء المناقصة على أحد المتقدمين ليس الخطوة الأخيرة فى التعاقد ، بل ليس الا اجراء تمهيديا . أما عملية التعاقد فانها خطوة أخرى ، لاحقة ، وتختص بها هيئة أخرى ، قد تكون رئيس المصلحة أو رئيس الادارة المركزية أو الوزير المختص حسبما حددته المادة ٣١ من اللائحة الجديدة ، وكما سوف نرى تفصيليا فيما بعد .

والمسلم به أن التزامات الادارة لا تبدأ الا من هذه اللحظة . أما قبل ذلك فان التعاقد يكون فى دور التكوين . وكل ما يترتب على قرار لجنة البت نتيجة واحدة ، وهى التزام الادارة بالتعاقد الا مع من يرسو عليه المزااد أو المناقصة ، وهذا هو ما يعرف بألية المزااد (أو المناقصة) .

ولكن في مقابل هذه الآلية ، جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، على تحويل الادارة حق المدول عن التعاقد اطلاقا . بالفاء المناقصة ، اذا رأت أن المصلحة العامة في هذا المدول ، حتى لا تجبر الادارة على التعاقد مع شخص لا تريده^(١) .

ومن ثم فانه من الأهمية بمكان أن نحدد دور كل من لجنة البت ، وجهة الادارة المختصة بالتعاقد فيما يتعلق باختيار التعاقد .

٢ - وقد أتيح لمحكمة القضاء الإداري المصرية أن تبرز ذلك وتوضحه في صورة مفصلة في كثير من أحكامها والتي يمكن أن نستمد منها المبادئ الآتية :

اولا : ان لجنة البت « . . . تختص باتمام الاجراءات المؤدية الى تعيين من ترسو عليه المناقصة بعد تحقيق شروطها وتوطئة لاطلاع جهة الادارة بمهمتها الخاصة بإبرام العقد . واختصاص اللجنة في هذا الصدد اختصاص مقيد تجرى فيه على قواعد وضمت لصالح الادارة والأفراد على السواء بقصد كفالة احترام مبدأ المساواة بين المتناقصين جميعا . وقد أجملت المواد من ٣ الى ٦ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ أحكام لائحة المخازن والمشتريات (التي كانت سارية قانونا قبل صدور اللائحة الجديدة) هذا الاختصاص .

وينتهى عمل هذه اللجنة بتقرير أصلح المعلومات عن طريق اختيار المناقص الذى تقدم بالسعر الأقل ، ثم يأتى بعد ذلك دور جهة التعاقد وهي الجهة المختصة بإبرام العقد مع المناقص الذى وقع عليه اختيار لجنة البت «^(٢) .

(١) مطول دي لوبادير المرجع السابق ، ص ٤٣٠ الى ٤٣١ . وراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٧ أبريل سنة ١٨٩١ في قضية «Laniers» المجموعة ص ٢٧٩ وحكمه في ٣ مارس سنة ١٩٤٤ في قضية «Soc. nat. de Constructions» المجموعة ص ٧٦ .

(٢) فقرة أخرى من الحكم السابق .

ثانياً : د ٠٠٠ ومن حيث انه على هدى ما تقدم لا يمكن القول باعتبار قرار لجنة البت ، بارساء المناقصة - أو المزايدة - بمثابة القبول فى العقود ويؤدى الى اتمام التعاقد حتما مع صاحب العطاء الذى اختارته اللجنة ، اذ أن هذه المرحلة النهائية تترتب على اجراء لاحق هو المصادقة على ارساء المناقصة من الجهة الادارية المختصة ، وهى جهة التعاقد التى تملك وحدها اصدار القبول تأسيسا على أن القبول الذى يعتمد به هو الذى يصدر ممن يملك التعاقد . على أنه اذا جاز ادماج لجنة البت فى نطاق اجراءات القبول فهو لا يعدو أن يكون قبولا مؤقتا ، أو هو قبول مطلق على اعتماد من الجهة المختصة بإبرام العقد . فاذا اعتمدته ورأت إبرام العقد ، أصبح القبول نهائيا . والقول بغير ذلك ، وبأن قرار لجنة البت هو بمثابة القبول فى العقود ، قول لا يتفق مع نصوص القانون وغرض الشارع فيما استهدفه من تنظيم ادارى لاجراءات التعاقد ، من مقتضاء أن تتولى هذه الأجراءات ثلاث جهات لكل منها اختصاص معين يتفق مع طبيعة عملها . وتنتهى الاجراءات الى الجهة الادارية المختصة بإبرام العقد ، فهى وحدها التى تملك قبول التعاقد أو رفضه . كما أن القول بأن قرار لجنة البت بارساء العطاء يعتبر قبولا يتم معه التعاقد ٠٠٠ هذا القول يؤدى الى تعطيل حق جهة الادارة فى الغاء المناقصة اذا قامت دواعى هذا الالغاء وأسبابه ، حيث يحتج عليها بأن الالغاء يعتبر فسخا للعقد الذى تم ، وهو أمر لا يمكن التسليم به ، ويتعارض مع حكم القانون ، لأن حق الغاء المناقصة حق مقرر لجهة الادارة طبقا لنص المادة السابعة من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ «^(١) .

ثالثا : د ٠٠٠ ان لجنة البت هى المرجع النهائى فيما يتعلق بنتيجة المناقصة ، وذلك تأسيسا على أنها الجهة التى تتجمع بين أيديها جميع العناصر الضرورية واللازمة للبت فى أفضل عطاء بعد اجراء المفاضلة والمقارنة بين جميع أصحاب العطاءات ، وهى بحكم تشكيلها

(١) فقرة أخرى من الحكم السابق .

تضم من رجال الادارة أصحاب الفن والخبرة والذين يمكنهم الوصول الى اختيار أحسن المتقدمين في العطاء سواء من الناحية المالية أو الفنية أو الادارية ، وسلطتها في هذا الخصوص هي سلطة مقيدة فلا تملك تعديل شروط المناقصة ، وانما تصدر قرارات بقبول العطاءات أو برفضها وبترتيب المتقدمين للعطاء وبارساء العطاء أو بإلغاء المناقصة اذا ما عرض عليها ذلك رئيس المصلحة للأسباب المبصرة لذلك قانونا ، كما أنه يؤخذ رأيها في حالة المناقصة طبقا للمادة الخامسة من المرسوم بقانون (السارى قبل القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤) ويترتب قانونا على ارساء العطاء تعيين صاحب العطاء الأفضل الذى سيبرم معه العقد واستبعاد باقى المتقدمين وتحلهم من التزامهم بالإيجاب . أما من رسا عليه انعطاء ، فلا يتغير مركزه القانونى ، فيبقى ايجابه قائما حتى يعقد العقد أو ينتهى الميعاد المحدد فى قائمة الشروط لانتهاء مدة الالتزام بالعطاء . والخطوة التالية لارساء العطاء هي ابرام العقد بمعرفة السلطة المختصة بذلك قانونا . ولا يحول دون ابرام العقد الا ما قد يدعو رئيس المصلحة الى إلغاء المناقصة ... »^(١) .

رابعاً : « ... ان القواعد التى تحكم اجراءات المناقصة ... لا تعتبر مجرد قواعد مصلحة داخلية للادارة ان شئت تمسكت بها وان شئت تنازلت عنها ، ولكنها قواعد وضعت لصالح الادارة والأفراد على السواء ، وقصد بها كفالة احترام مبدأ المساواة بين المناقصين جميعاً . وبذلك فان هذه القواعد بمثابة أحكام قانون التعاقد فى موضوع المناقصة ، فتلتزم الادارة والأفراد على السواء ، ويترتب على مخالفتها بطلان ما تصدره الادارة من قرارات ... » .

خامساً : ولكن ما مدى حرية لجنة البت فى تطبيق الاجراءات الستة مع التسليم بأنها ملزمة ؟! لقد تعرضت المحكمة للإجابة على هذا

(١) حكمها فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ ، السنة ١١ ، ص ١٧٢ .

(٢) فقرة أخرى من الحكم السابق .

السؤال تفصيليا في حكمها الصادر في ١٧ يونية سنة ١٩٥٦ حيث تقول : « ان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن عملية المناقصة العامة تتم في مصر على مرحلتين : أولاها : أعمال تمهيدية من وضع شروط المناقصة والاعلان عنها وتلقى المطاءات المقدمة فيها ، وتحقيق شروطها ثم المفاضلة . والثانية : ابرام العقد بفد ارساء المناقصة . وتتم الأعمال التمهيدية بقرارات للافصاح بها عن ارادتها هي وحدها دون غيرها ، وتلتزم فيها السير على مقتضى التنظيم الادارى المقرر لذلك ، ومن ثم فإن شروط المناقصة تضمنها الادارة بمفردها ولا تناقش فيها المتعهد الذى يجب عليه أن يقبلها في جملتها ، فيغدو في مركز تماقدى شكلا ، تنظيمى موضوعا . »

« ويتمين عند التصدى لمبدأ حرية الادارة في قبول المطاء المقدم لها التمييز بين فرضين اثنين :

أولهما : اذا تقدم صاحب المطاء وكان عطاؤه مخالفا للوائح ، فمن المؤكد أن من حق الادارة أن تستبعده تماما . ولكن هل يجب عليها استبعاده لزاما ؟ يتجه القضاء الفرنسى الى ذلك ، فليس للادارة في هذا الصدد الاختصاص مقيد ، والادارة محرومة هنا من السلطة التقديرية .

وثانيهما : اذا تقدم صاحب المطاء وكان عطاؤه متطابقا مع اللوائح ، فمن المؤكد أن من حق الادارة أن ترسي المطاء عليه ، ولكن هل تلتزم حتما بقبوله ؟ وذلك ما يطلقون عليه « حرية الادارة في القبول واطلاقها » وفي هذا الوضع بالذات تنور أشق المصاعب لتوكيد الاختصاص المقيد لجهة الادارة كلما ألزمتها بقبول كافة المطاءات المتقدمة والسليمة الأوضاع . والقول بجواز استبعاد صاحب عطاء مخالف للقوانين واللوائح قول لا خلاف عليه ولا صموية فيه . ولكن متى يكون لزاما على جهة الادارة أن تستبعد عطاءه من المناقصة حتما ، ويتمين عليها أن ترفض ذلك المطاء ؟ القضاء الفرنسى يفرق بين وضمين مختلفين :

(أ) المقاول الذى لا تتوافر فيه الشروط الموضوعية اللازم توافرها للمناقصة : يجب على الادارة دائما أن تنجيه عن المناقصة بغير تردد ، وهذا واجب عليها أن تتبعه ، فهمى فى الحقيقة ملتزمة باحترام شروط المناقصة التى صاغتها وطرحتها . فإذا نكلت عن استبعاد كل من خالف شروطها الموضوعية ، فإنها ترتكب خطأ بمخالفتها للقانون ، واختصاصها فى هذا الشق مقيد ، وليس عليها الا أن تتحقق مما اذا كان صاحب المطاء قد استوفى الشروط الموضوعية أم أنه فقدما كلا.أو بمضا ، ثم يكون على الادارة بعد ذلك أن تحصل النتيجة الواجبة الاتباع . وهنا يصمم القضاء الفرنسى على وجوب استبعاد صاحب المطاء الذى افتقد شروط المناقصة الموضوعية اللازمة لها ، ويحق الطعن فى قرار الادارة بقبول مثل هذا المطاء . مثال ذلك اذا تقدمت شركة بمطاء دون ان تكون مستوفية أوضاع قانون الشركات أو تقدم بمطاء من لا تتوافر لديه كافة الضمانات المالية المطلوبة ، كان يكون قد تقدم بضمان مالى قاصر أو منعدم ، وكذلك من تجرد من الخبرة الفنية اللازمة للنهوض بالمعملية المطروحة فى المناقصة .

(ب) أما الوضع الثانى فيتمثل فى حالة المقاول الذى لا يتبع قواعد الاجراءات ويخالف الأوضاع الشكلية ، فيجب فى بعض الحالات استبعاد أمثاله . والمقاول فى هذا الفرض يكون مستوفيا حقيقة لكافة الشروط الموضوعية اللازمة للمنافسة ، ولكنه تواجد فى أوضاع غير سليمة بمخالفته قواعد الاجراءات الشكلية . وهنا يكون لجهة الادارة من غير شك الحق فى استبعاد عطائه . ولكن هل عليها حتما واجب اقصائه ؟ ان علينا فى هذه الحالة ان نوائم بين اتجاهين متعارضين تماما . الأول : القول بالزام جهة الادارة باستبعاد كل صاحب مطاء مخالف لقواعد الاجراءات أيا كانت ضالة تلك المخالفة وتفاهتها . ومعناه أخذ الادارة بالشدة التى لا مبرر لها فضلا عما يترتب على ذلك من تكاثر الطعون والقضاء ظل كثيف من الشكوك والريب على سلامة العديد من المناقصات العامة . وقد ناصر هذا الاتجاه الصارم الفقيه الادارى الفرنسى « جيز » بمقولة ان على جهة

الادارة احترام قاعدة المساواة بين المتنافسين في المعطاء . فكلما تسامحت الادارة مع أحد المتقدمين - مهما بلغت تفاهة المخالفة الشكلية - فانها تكون بذلك قد أخلت ولو بقدر معلوم بمبدأ المساواة في ميدان المناقصة . الثاني : القول بالزام جهة الادارة بتفادى طرح المتنافسين الذين تنكبوا الوضع الشكلي في ميدان المناقصة العامة . ومعناه اهدار كافة الضمانات التي تكفل العملية والتي اختطتها بنفسها جهة الادارة لصالح المتنافسين .

« وان قضاء هذه المحكمة ، وقد وازن بين هذه الاعتبارات ، لا يسمه الا الحرص على الموازنة بين هذين المذهبين المتطرفين ، تحقيقا لمصلحة الادارة ورعاية لصالح الأفراد ، فيضع معيارا دقيقا يفرق بين المخالفات الجوهرية من جهة وغير الجوهرية من جهة أخرى . وهذا المعيار هو ان يتمين على جهة الادارة أن تبادر الى استبعاد كل متقدم بمطاء يكون قد خالف وضما جوهريا مع عدم الاخلال بما يجيزه القانون . ويكون لجهة الادارة - على عكس ذلك ومن ناحية أخرى - سلطة تقديرية تمكنها من قبول أو استبعاد من يكون قد خالف قاعدة غير جوهرية من المتنافسين ، فان مثل هذه القواعد انما قد فرضت لصالح جهة الادارة وحدها .

فما هي تلك المخالفات الجوهرية التي توجب استبعاد صاحب المعطاء المستول عنها ؟ من ذلك كل خرق لقاعدة من شأنها كفالة حياد العمليات . ومن ذلك أيضا كل مخالفة - وان تسامحت في أمرها جهة الادارة - يكون مؤداها حصول صاحب المعطاء المخالف على ميزة مادية محققة تعلق به على أقرانه . ومما يدخل في هذين الفرضين مثلا : اخلال المتقدم للمناقصة بأن يودع طلبه في المدة المقررة . وجهة الادارة لها - بل وعليها - أن تستبعد المتقدم متأخرا تأخرا ينافي سرية المناقصة . والمسألة من الواضح بحيث لم يرق عليها خلاف الا عند تقديم المعطاء بواسطة البريد ، والعبرة في ذلك بتاريخ تسليم المعطاء في الميعاد المقرر وليس بتاريخ ارساله بخطاب موصى عليه . ولكن لا يمكن التعويل على تأخير تقديم المعطاء لحظات معدودات

لا تتجاوز بضع دقائق ما دامت سرية المعطاءات مكفولة ، وما دام هذا التأخير النافه لا يخل بقاعدة جوهرية من قواعد الاجراءات - ومما يدخل أيضا فى الفرضين السابقين مثلا الاخلال بالتزام ايداع كافة المستندات التى تغرز الطلب المقدم ، فالمقاول الذى لا يقوم بايداع جميع الأوراق المطلوبة ، يجوز بل ويجب أن يستبعد والا جاز الطعن فى نتيجة المناقصة العامة اذا رسا المعطاء عليه . ومع ذلك يخفف من حدة هذا الوضع أمران : الأول ، قضاء مجلس الدولة الفرنسى أولا بجواز أن تسمح جهة الادارة بتقديم المستندات المتأخرة فى وقت لاحق للميعاد . ولكن مجلس الدولة ارتد بعد ذلك الى قضاء متشدد يرمى الى أن جهة الادارة لا يجوز لها أن تسمح بتقديم مستندات متأخرة الا اذا كان هذا الاجراء لا يؤثر فى حرية المنافسة التى لابد من وجودها بين المتنافسين مع مراعاة حسن تنفيذ المشروع موضوع المناقصة . ولكن مجلس الدولة الفرنسى عاد أخيرا (حكم ١٨ يونية سنة ١٩٤٣ قضية شركة منشآت فرنسية) الى اتجاهه المتحرر الأول ، وقضى بأن التأخير فى تقديم المستندات التى سمحت الادارة بتقديمها متأخرا لا يؤدى الى بطلان المناقصة . وأما الأمر الثانى الملطف لمدة الوضع المشار اليه فيرجع الى تأثير خطأ الغير ، فاذا ثبت أن المستند لم يقدم فى الميعاد بسبب خارج عن ارادة صاحب المعطاء ، جاز فى هذه الحالة لجهة الادارة أن تأذن بقبول هذا المعطاء . أما عن مخالفة القواعد غير الجوهرية بين المتنافسين ، فمردها الى تلك المخالفات التى لا تفيد صاحبها بأى نفع مادى والتى لا تمس الأصول التى تكفل حياد عمليات المناقصات . ففي هذا النطاق تملك جهة الادارة سلطة مطلقة فى تقدير مدى خطورة تلك الأوضاع ، بل وفى قبول صاحب مثل هذا المعطاء . وقد سبق لهذه المحكمة أن أوضحت بأن مثل هذه القواعد انما فرضت لصالح الادارة ذاتها . ومن أمثلة القواعد غير الجوهرية : « الالتزام بالتأخير على المستندات والأوراق وكذلك الالتزام بالحضور شخصيا أو بواسطة من ينوب عن مقدم المعطاء فى جلسة اعلان نتيجة ارسال المعطاء والالتزام باختيار موطن معين ... » وانتهت المحكمة

الى أن ارساء العملية على مقدم العطاء المتأخر ثمان دقائق فقط لا يبطل العملية . . . » والثابت من استقراء النص ، أن الشارع قد حرص على ذكر الساعة وعلى ذكر التاريخ باليوم ، ولم يدر يخلد الشارع تصور فرض وصول عطاء متأخر دقيقة واحدة بعد فتح الجلسة أو عشر دقائق . . . لأن افتراض ذبوع السرية الواجبة للعملية - وهي الحكمة الأصلية التي أملت نص لائحة المخازن والمشتريات - (الآن لائحة المناقصات والمزايدات) أمر ضئيل الاحتمال في اللحظيات الحافظة الأولى لافتتاح أولى الجلسات «^(١) .

سادساً : ومما يتصل بالموضوع السابق مدي سلاهة الشروط التي ترد في دفاتر الشروط من « أن الادارة غير ملزمة بقبول أى عطاء كان حتى ولو كان الأقل ، ولا يحق لأحد مطالبتها بأبداء الأسباب » وإذا كان هذا الشرط يقصد به تحرر الادارة من مبدأ آلية المناقصة أو الزاد ، فلا شك لدينا في بطلانه ، فالمناقصات العامة منظمة على أساس تقييد حرية الادارة ، ولجنة البت ملزمة باختيار أفضل عطاء ، وإذا انحرفت عنه جاز الطعن في قراراتها . وبهذا المعنى صدر حكم محكمة القضاء الادارى في ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧^(٢) ، فبعد أن أكدت المعنى الذى ذكرناه قالت : « ولا يغير مما سبق ايضاحه ما أورده لائحة المخازن والمشتريات . . . من أن المصلحة ليست ملزمة بقبول أى عطاء كان ، حتى ولو كان الأقل ولا يحق لأحد مطالبتها بأبداء الأسباب ، أو ما جاء في دفتر الشروط والمواصفات فى المادة ١٣ من أن المصلحة ليست ملزمة بقبول أقل العطاءات أو أى عطاء آخر دون أن تكون ملزمة بأبداء الأسباب . فهذا الحكم لا يستقيم وما جاء بالمادة الأولى والحادية والعشرين من المرسوم بقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٣ وهما تقضيان بأن تتم عقود التوريدات ومقاولات الأعمال والنقل عن

(١) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة المباشرة ص ٣٥٩ ، وفى التمييز بين الشكليات الجمهورية وغير الجمهورية راجع حكمها الصادر فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٥٦ القضية رقم ١٦٣٢ لسنة ١٠ قضائية .
(٢) السنة ١١ ص ١٧٢ وقد سبقت الإشارة اليه .

طريق مناقصات عامة يعلن عنها • إذا ما تعارض نص اللائحة أو شروط المناقصات مع حكم القانون فلا قيمة له من الوجهة القانونية، ومن ثم فلا يجوز الاعتداد به أو تطبيقه لمخالفته لنص القانون »

وبالرغم من وضوح المبدأ الذي تضمنه الحكم السابق وسلامته فقد وجدنا أحكاما أخرى للمحكمة تقضى بسلامة الشرط السابق^(١) •

والواقع أن هذه الأحكام الأخيرة محل نظر : فلا تستطيع الإدارة كما ذكرنا أن تخرج على القواعد التي تكفل آلية المناقصة (أو المزاد) والا اختلت قاعدة المساواة بين المتنافسين ، وهي دعامة المناقصات العامة • أما إذا كان الشرط السابق يعنى حق الإدارة فى استبعاد **المطاءات غير الصالحة أو الغاء المناقصة للصالح العام** ، فإنه يكون شرطا مشروعا ، ولكنه يكون فى ذات الوقت تحصيل حاصل ، لأن حق الإدارة فى ذلك يقرره القانون رأسا دون حاجة للنص عليه فى العقود أو فى دفاتر الشروط •

سابعاً : ولكن إذا كانت الإدارة ملزمة بإرساء المطاء على المتقدم بأفضل مطاء فهل هى ملزمة أيضاً بالتعاقد معه ؟ لو أجبنا على هذا السؤال بالإيجاب ، لكان قرار الإرساء هو آخر عمليات التعاقد • ولكن هذا ليس هو الصحيح كما نعلم • ومن ثم فإن هذه السلطة المقيدة يوازنها حق خطير للإدارة عبرت عنه المحكمة بقولها : « ... هذا ويقابل الاختصاص المقيد لجهة التعاقد سلطة تقديرية ، هى حق هذه الجهة فى عدم اتمام التعاقد والعدول عنه بالغاء المناقصة حتى لا يفرض عليها التعاقد مع شخص لا تقبله ، أو إذا تبينت ملازمة اتخاذ هذا القرار لظروف تتعلق بالمصلحة العامة أو المصلحة المالية أو

(١) من ذلك على سبيل المثال حكمها الصادر فى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٦ ، السنة العاشرة ص ١٢ • وقد جاء فيه : « إذا تضمنت شروط المناقصة ... بندا ينص على أن الوزارة ليست مقيدة بقبول أقل مطاء أو أى مطاء آخر ، وأنها تحتفظ لنفسها بالحق فى قبول أى مطاء تعتبره فى مصلحتها أو فى الغاء المناقصة كلياً أو جزئياً دون ابداء الأسباب ، فإن هذا الشرط من الشروط المشروعة والمبائنة والواجبة الاحترام » •

وبنفس المعنى والألفاظ حكمها الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٥٦ ، السنة العاشرة ص ٣٥٩ •

المصلحة الادارية ، وذلك في الحالات التي بينها القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ في مادته السابعة «^(١)» .

ولقد سبق أن ذكرنا أن المادة السابعة - من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ (الملقى) والتي تقابل المادة ١٧ من القانون الحالي رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ - تنص على ما يلي : « تلغى المناقصات بقرار مسبب من رئيس المصلحة بعد النشر عنها وقبل البت فيها إذا استغنى عنها نهائيا ، أما في غير هذه الحالة فيجوز لرئيس المصلحة إلغاء المناقصة في إحدى الحالات الآتية : ١ - إذا تقدم عطاء وحيد أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة الا عطاء واحد - ٢ - إذا اقترنت العطاءات كلها أو أكثرها بتحفظات - ٣ - إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد عن القيمة السوقية » .

ولقد فسرت محكمة القضاء الادارى هذه المادة بعد أن استعرضت نصها السابق - بقولها : « ومفاد هذا النص أن المشرع أجاز إلغاء المناقصة في جميع الأحوال سواء قبل البت فيها أو بعد ذلك ، إلا أنه في حالة الإلغاء قبل البت في المناقصة ، يجب أن يكون سبب الإلغاء هو الاستغناء نهائيا عن المناقصة ، وأن يحصل الإلغاء بقرار مسبب من رئيس المصلحة - أما إذا كان قد بت في المناقصة ، فإن الإلغاء جوازى في إحدى الحالات الثلاث المشار إليها في المادة ، ويكون الإلغاء في هذه الحالة لرئيس المصلحة أيضا وبقرار منه بناء على رأى لجنة البت «^(٢)» وإذا كان ظاهرا كل من نص المادة السابعة السابقة ، والحكم الذى فسرهما ، يقصر حق الإدارة في إلغاء المناقصة على حالات معينة بعد البت فيها ، فإن الأسس العامة التى تحكم العقود الادارية تخول الإدارة عدم التعاقد فى جميع الحالات : سواء قبل البت فى المناقصة أو بعدها ، إذا ثبت للإدارة أن المصلحة العامة تقتضى

(١) حكمها الصادر فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٧ ، فى القضية رقم ١٠٥٧٨ لسنة ٨ قضائية وقد سبقت الإشارة إليه .

(٢) حكمها فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٥٦ (القضية رقم ١٦٣٢ لسنة ١٥ قضائية) .

عدم التعاقد - ذلك أن هذه المصلحة العامة تخول الإدارة كما سنرى حق التحرر من العقد بعد إبرامه ، فيكون لها من باب أولى عدم إبرامه كلية إذا لم تكن قد تعاقدت بعد ، وتكون الحالات المشار إليها في المادة السابقة قد وردت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر .

وهذا ما أقرته المحكمة في حكمها الصادر في ٥ يناير سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ١٨٢) حيث تقول : « لا نزاع في أن للجهات الإدارية سلطة تقديرية في إبرام العقود بعد فحص العطاءات وإرسالها على المتهمدين ، ذلك أن طرح المناقصة في السوق ، وتقديم العطاءات عنها ، وفحصها وإرسالها على صاحب أفضل عطاء ، كل ذلك ما هو الا تمهيد للعقد الذي تبرمه الحكومة مع المتعهد . ومن ثم فهي تملك كلما رأت أن المصلحة العامة تقضى بذلك إلغاء المناقصة ، والعدول عنها ، دون أن يكون لصاحب العطاء أى حق في إلزامها بإبرام العقد أو المطالبة بأى تعويض عن عدم إبرامه ، ذلك أن ما ورد في القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات والمزايدات من قواعد لتنظيم المزايدات وللبت في العطاءات عن مشتريات الحكومة ، وما ورد في لائحة المخازن والمشتريات من قواعد في هذا الخصوص أيضاً ، ما ورد من هذه القواعد والضوابط إنما هو مجرد تنظيم للمرحلة السابقة على إبرام العقد ، حتى يتم على أساس سليم ، يصون أموال الحكومة من العبث ، ويوفر الضمانات والفرص المتكافئة للمزايددين والمتهمدين ، فيتم البت في عطاءاتهم في جو لا يشوبه ميل أو هوئى ، ولم يقصد منها إيجاد قيود على حرية الحكومة في التعاقد بعد اتمام عملية البت في العطاءات ، ومن ثم لا يسوغ للمدعى الاستناد الى تلك القواعد والضوابط لتعيب القرار المطعون ، لأنه لم يصدر من الجهة الإدارية وهي تعمل في مرحلة البت ، وإنما صدر منها وهي تعمل في مرحلة التعاقد ذاتها وهي مرحلة تتمتع فيها بكل حريتها التي لم يضع المشرع قيوداً عليها . »

« فإذا كان الثابت من الأوراق ومن أقوال المدعى نفسه أن الباعث للوزارة على إلغاء المناقصة كلية هو رغبته في سرعة

استيراد الأدوية التي كانت مستشفياتها ووحداتها فى ميسيس الحاجة اليها ، بعد أن تبين لها أن حصتها النقدية لعام ١٩٥٨ قد نفذت وانها عاجزة تماما عن تدبير النقد الأجنبى اللازم لعطاء المدعى ، فانها اذ قررت ايفاد بعثة فنية الى الخارج للتعاقد على شراء الأدوية موضوع المناقصة مباشرة من مصادر انتاجها بالجنية المصرى لتوفير مكاسب الوسطاء وذلك بدلا من ابرام المناقصة مع المدعى ، تكون قد باشرت سلطتها فى حدود القانون بقصد تحقيق مصلحة عامة دون تعسف أو معايبة لأحد ، ويكون قرار الوزارة بالغاء المناقصة الخاصة بالمدعى ، قد صدر فى حدود سلطة الوزير التقديرية فى ابرام العقد ، ولا مخالفة فيه للقانون أو انحراف » .

ثامنا : لما كانت الرابطة التعاقدية لاتتم الا بعد المصادقة على قرار الارساء من الجهة التى تملك ابرام العقد ، فان التزامات الأفراد والادارة لا تبدأ فى ميعاد واحد ، أو كما تقول محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٥٧ د ٠٠ . ويترتب على العطاء أثر قانونى هام بالنسبة الى مقدمه ، وهو ارتباطه بهذا العطاء ، فلا يجوز له سحبه أو تعديله طالما أنه لم يبت فيه ، وفى ذلك استثناء من القواعد العامة التى تحكم العقود التى تقضى بأنه يجوز سحب العرض المقدم طالما أنه لم يصدر قبول له . ويزيد فى ظهور هذا الاستثناء أن الرابطة العقدية لا تنشأ بالقياس الى جهة الادارة حتى بعد اختيار لجنة البت فى العطاءات للمناقص ، وأن اختيار المنقاص عن طريق لجنة البت لا يعدو أن يكون اختيارا مؤقتا . ولا يصبح نهائيا الا بعد صدور قرار باعتماده من جهة الادارة المختصة ، ولا تبدأ التزامات الادارة التعاقدية الا من تاريخ قرار هذه المصادقة » (١) .

تاسعا : والخطوة الأخيرة فى هذا الصدد هى اخطار المتقدم الذى قبل عطاؤه بفسخ العطاء عليه . وقد أوجبت المادة ٣٤ من اللائحة

المجديدة - والمقابلة للمادة ٧٥ من اللائحة الملغاة - على مدير المشتريات اخطار مقدمى العطاءات الذين قبلت عطاءاتهم بنتيجة المناقصة وذلك خلال اسبوع واحد على الأكثر من تاريخ اعتماد نتيجة المناقصة ، ويجب أن يطلب فى الاخطار ذاته ايداع التأمين النهائى خلال المدة المحددة ، وكذلك الحضور لتوقيع العقود ، وترافق العقود صورة طبق الأصل من هذه الأخطارات وترسل صورة منها الى مدير المخازن أو الى القسم المختص حسب الأحوال ، كما يجب اخطار مقدمى العطاءات التى تم استبعادها أو غير المقبولة بأسباب الاستبعاد أو عدم القبول .

وما لم يتم هذا الاخطار فان الرابطة التعاقدية لا تقوم ، كما أكدت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٨ مارس سنة ١٩٦٩ (سبق) وبالتالى « لا يجوز التحدى فى مواجهته (المناقص) بانقضاء العقد ، ويمتنع بالتالى تبعا لذلك اعمال آثاره ، والاستناد الى أحكامه للشراء على حساب المدعى عليه ، ومطالبته بالآثار المترتبة على ذلك » .

أما اذا أخطر المقاول أو المتعهد بقبول عطاءه وتأخر فى ايداع التأمين النهائى خلال المدة المحددة له بالاخطار ، فيجوز للجهة المتعاقدة - بموجب اخطار بكتاب موصى عليه يعلم الوصول ، ودون حاجة لاتخاذ أية اجراءات أخرى أو الالتجاء الى القضاء - أن تلغى العقد . وتصادر التأمين المؤقت أو أن تنفذه كله أو بعضه على حساب صاحبة بمعرفة الجهة المتعاقدة أو بواسطة أحد مقدمى العطاءات التالية لعطاءه أو المناقصة أو الممارسة أو بالطريق المباشر ويكون لها الحق فى أن تخضع من أية مبالغ تكون مستحقة أو تستحق له أيا كان سبب الاستحقاق لدى الجهة المتعاقدة أو لدى أية جهة ادارية أخرى كل خسارة تلحقها ، وذلك كله مع عدم الاخلال بحقوقها فى الرجوع عليه قضائيا بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الادارى . (مادة ٢٤ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) .

أما التأمين النهائي فقد حددته المادة ٢٠ من القانون الجديد (المقابلة للمادة ٥١ من اللائحة الملغاة) بقولها : « على صاحب العطاء المقبول أن يودع في فترة لا تتجاوز عشرة أيام تبدأ من تاريخ اليوم التالي لاختطاره بكتاب موصى عليه بقبول عطائه ما يكمل التأمين المؤقت ما يساوي ٥٪ من قيمة مقاولات الأعمال التي رست عليه و ١٠٪ من قيمة العقود الأخرى » وبالنسبة للعقود التي تبرم مع متعاقدين في الخارج يكون ايداع هذا التأمين في فترة لا تتجاوز عشرين يوماً . ويجوز بموافقة السلطة المختصة ، مد المهلة المحددة لايداع التأمين النهائي بما لا يتجاوز عشرة أيام . ويكون التأمين النهائي ضامناً لتنفيذ العقد » .

هذا ولقد رأينا فيما سبق أن المادة ٢١ من القانون الجديد ، قد أعفت من التأمين المؤقت والنهائي الهيئات العامة ، وشركات القطاع العام ، والجمعيات ذات النفع العام والجمعيات التعاونية المشهرة وفقاً للقانون ، وذلك عن العروض الداخلة في نشاطها ، وبشرط تنفيذها لعملية بنفسها . ويجوز عند الضرورة للسلطة المختصة ، بعد موافقة لجنة البت ، إعفاء الشركات المحتكرة من ايداع التأمين المؤقت والنهائي بشروط محددة .

ووفقاً للمادة ٢٢ من القانون الجديد ، يجوز بقرار مسبب من السلطة المختصة - فيما عدا مقاولات الأعمال - خفض التأمين النهائي في الحدود التي تقدرها بحيث لا يزيد الخفض على ٥٠٪ من قيمة التأمين ، على أن يتضمن الاعلان عن المناقصة قيمة التأمين في هذه الحالة . ولا يحصل التأمين النهائي اذا قام صاحب العطاء المقبول بتوريد جميع الأصناف التي رسا عليه توريدها ، وقبلتها الجهة الادارية المتعاقدة نهائياً خلال المدة المحددة لايداع التأمين النهائي .

ويجب الاحتفاظ بالتأمين النهائي بأكمله ، الى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية طبقاً للشروط ، وحينئذ يرد التأمين أو ما تبقى منه لصاحبه .

هذا وقد وردت الأحكام التفصيلية للتأمين فى المواد من ٦٨ الى ٧٢ من اللائحة الجديدة : فيجوز طلب خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقه لدى جهة الادارة بشرط أن تكون صالحة للصرف وقت تقديم العطاء أو وقت تقديم الطلب بالنسبة للتأمينات النهائية ، ولا يجوز أن يكون أداء التأمين عن طريق الكفالة ويجوز أن تقدم كفالة بقيمة التأمين اذا كانت قيمته تقل عن عشرين جنيها • (مادة ٦٨) واذا كان التأمين نقدا فيؤدى بايداعه احدى خزائن الحكومة • وتقبل الشيكات على المصارف المحلية أو الخارجية اذا كان مؤشرا عليها بالقبول ، كما تقبل كتب الضمان بشروط معينة (مادة ٦٩) وأوضحت المادة ٧٠ الحالات التى لا يحصل فيها تأمين نهائى كليا أو جزئيا • ويصدر باعفاء الشركات المعتكرة من ايداع التأمين المؤقت والنهائى ، ومد المهلة المحددة لايداع التأمين المؤقت والنهائى بما لا يجاوز عشرة أيام ، أو خفضه بما لا يزيد على ٥٠٪ قرار مسبق من الوزير المختص أو من يمارس سلطاته وفقا للشروط والأوضاع المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات (مادة ٧٢) •

ويجب رد التأمين المؤقت الى أصحاب العطاءات غير المقبولة ، بغير توقف على طلب منهم ، سواء كان نقدا أو بشيك أو ب خطاب ضمان ، وذلك فى خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاء أو قبل ذلك اذا تم تحصيل التأمين النهائى من صاحب العطاء المقبول • ويجب الاحتفاظ بالتأمين النهائى بأكمله الى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية طبقا للشروط وحينئذ يرد التأمين أو ما تبقى منه لصاحبه بغير توقف على طلب منه ، وذلك فى خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد اتمام تنفيذ العقد بصفة نهائية طبقا للشروط (مادة ٧١) •

الفصل الثاني

التعاقد عن طريق الممارسة (أو عن غير طريق المناقصة)

سبق أن ذكرنا أن هذا الطريق ما يزال هو الأصل في التعاقد في مصر وفي فرنسا برغم تعدد الحالات التي يتمين فيها على الإدارة أن تلجأ الى طريقة المناقصة أو المزايدة بأنواعها المختلفة . وإذا كانت المناقصات (أو المزايدات) العامة يهيمن عليها مبدأ الآلية في الحدود السابقة ، فإن مبدأ التعاقد عن طريق الممارسة أو الاتفاق المباشر « Les marchés sur concours » يخضع لقاعدة حرية الإدارة في اختيار المتعاقد .

وهذه الحرية في اختيار المتعاقد ، لا يتنافى معها إخضاع عملية الممارسة لتنظيم قانوني معين ، بل سنرى أن التعاقد عن طريق الممارسة يخضع لنظم محددة يتمين على الإدارة اتباعها . ولكن مهما كانت دقة النظام المقرر لاحدى طرق التعاقد عن طريق الممارسة ، فإنه لا توجد طريقة واحدة تجبر الإدارة على اختيار متعاقد بعينه . وبهذا تمتاز طرق التعاقد عن طريق الممارسة عن طرق المناقصات العامة (١) . ونعرض فيما يلى لطرق التعاقد عن طريق الممارسة المقررة في فرنسا ، ثم لنظام التعاقد عن غير طريق المناقصة في مصر .

(١) ان حرية الإدارة في هذا المجال ليست الا سلطة تقديرية بطبيعة الحال ، وبالتالي يتمين عليها أن تستعملها في حدود الصالح العام ، ، بمعنى أنها اذا تركت التعاقد مع فرد بذاته للاضرار به أو لمحاباة غيره ، فإن عملها يكون مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة وبالتالي يخضع لرقابة الالغاء - بهذا يأخذ قضاء مجلس الدولة الفرنسي بأختصاص ، يراجع على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٤ فى قضية «Etabl. Pinon» (Actnal. jur. 1954- II, 498) بل ان مجلس الدولة يكتفى فى بعض الأحيان بالقرائن فى هذا الصدد ، راجع على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٥ مارس سنة ١٩٣٧ فى قضية «Peter» المجموعة ص ٢٧٤ ، وراجع مطول دى لوبادير فى المقود ، طبعة سنة ١٩٥٦ ، الجزء الأول ص ٣٠٩ الهامش .

المبحث الأول

طرق التعاقد القائمة على حرية الاختيار في فرنسا

تمتاز هذه الطرق بأنها تترك للإدارة أكبر قدر من الحرية في اختيار المتعاقد معها ، وهو الاتجاه المالى في هذا المجال ، والذي أشرنا اليه فيما سلف . ووفقا لقانون العقود الادارية «Le Code de marchés publics» (الممدل في ١٦ يناير سنة ١٩٧٦) توجد ثلاثة طرق رئيسية لإبرام هذا النوع من العقود ، نتناولها على التوالي :

أولا - أسلوب الدعوة الى التعاقد

«Les marchés sur appel d'offres»

ويترك هذا الأسلوب قدرا كبيرا من الحرية للإدارة في اختيار المتعاقد ، مع الاحتفاظ ببعض ملامح المناقصات (والمزايدات) العامة ، لا سيما في مجال تحقيق المنافسة بين المتقدمين للتعاقد . فيسمح هذا الأسلوب للإدارة بأن تحيط بأفضل العروض المقدمة ، ولكن الإدارة تتحرر من مبدأ الآلية في اختيار المتعاقد . وقد وضعه « كود العقود العامة » على قدم المساواة مع أسلوب المناقصات والمزايدات الذي شرحناه فيما سلف . وقد تنوع هذا الأسلوب الى ثلاثة طرق على النحو التالي :

أولا : الأسلوب العادي للدعوة الى التعاقد :

«L'appel d'offres ordinaire»

ويقوم هذا الأسلوب على اقامة قدر من المنافسة بين من يرغبون في التعاقد . ويتضمن « كود العقود العامة » نوعين من هذا الاجراء :

١ - الدعوة الى التعاقد المفتوحة «L'appel d'offres ouvert» والتي تسمح لكل من يريد التعاقد بأن يتقدم ببطائه لجهة الادارة في خلال المدة المحددة .

٢ - الدعوة الى التعاقد المقيده L'appel d'offres «restreints»
ويقصر التقدم اليها على من تتوافر فيهم شروط معينة .

وفي الحالتين تتمتع الادارة بحرية شبه مطلقة في اختيار من تتعاقد معه . ولا يخضع القضاء الادارى هذه الحرية لرقابته الا في نطاق « الانحراف بالسلطة » وذلك متى اختارت الادارة للتعاقد من استوفى الشروط القانونية أو المعلن عنها . وقد انتشر هذا الأسلوب في التعاقد على حساب أسلوب المناقصات والمزايدات العامة^(١) .

ثانيا : الدعوة الى التعاقد المصحوبة بمنافسة :

«L'appel d'offres avec concours»

وبمقتضى هذا الأسلوب تقيم الادارة المتعاقدة نوعا من المنافسة بين من يريدون التعاقد ، ولكن دون أن تلتزم بنتيجة هذا الترتيب . وقد نظمت هذا الأسلوب مجموعة العقود الادارية في المواد ٩٨ وما بعدها و ٣٠٢ وما بعدها . وتناول هذه المواد للادارة أن تلجأ الى هذا الأسلوب اذا اقتضت ذلك اعتبارات فنية أو مالية أو جمالية استوجبت القيام بدراسات مسبقة قبل التعاقد . وقد يتطلب التعاقد اعداد مشروع ، أو التقييد بمشروع سبق اعداده ، أو الاثنين معا .

واذا كانت الادارة تحتفظ بحريتها في اختيار المتعاقد الذى تفضله ، فان القضاء الادارى قد أقر بأن الادارة تفقد حريتها تلك اذا اعلنت مسبقا أنها تلتزم باختيار الأول^(٢) .

ثالثا : الدعوة الجماعية للتعاقد^(٣) : L'appel d'offre collectif

ويرتبط هذا الأسلوب ، بالنظام الذى أقامه المشرع الفرنسى ، والخاص « بتجميع الطلبات العامة على المستوى المحلى »^(٤) ، ويضع

(١) مؤلف دى لوبادير فى العقود ، طبعة سنة ١٩٨٣ ، ص ٦٤٠ .

(٢) مؤلف دى لوبادير المرجع السابق ، ص ٦٤٤ .

(٣) ويطلق عليها أحيانا «consultation collective»

(٤) «Groupements de commandes publiques à l'échelon local» .

(٥) م - ٢١ العقود الادارية (

احكامه الكتاب الرابع من مجموعة العقود العامة التي اشرفنا اليها فيما سبق . ويسمح هذا النظام لمرافق الدولة ، والوحدات المحلية ، والمؤسسات العامة بأن تنسق مشترياتها من بعض المنتجات ، أو طلباتها في مجال بعض الخدمات ، بهدف الحصول على أفضل الأسعار . وينصب ذلك عادة على المواد الغذائية ، والمنتجات الصناعية ، ومواد الوقود ، ومستلزمات الصيانة والنظافة ... الخ .

ولكن الاستشارات السابقة على التعاقد ، لا تكون عقدا ملزما ، ولا تغني عن إبرام عقد وفقا للقواعد العامة . وقد نظمتهما المواد ٣٧١ وما بعدها من مجموعة العقود العامة ، وتتضمن مرحلتين : الدعوة الى الدخول في المنافسة ، ثم اختيار من تريد الادارة التعاقد معهم :

١ - الدعوة الى الدخول في المنافسة : وقد تكون هذه الدعوة مفتوحة أو مقيدة .

٢ - اختيار المتعاقدين : وقد حدد المشرع اجراءات معينة لفتح المظاريف ، وترتيبها ، واختيار من يتقدم بأفضل الشروط ، مع منح الادارة حرية كبيرة في اختيار المتعاقدين أو المتعاقدين .

ثانيا : العقود التي تتم بناء على مفاوضة

«Les marchés négociés»

وينتمى المقعد الى هذه الفئة ، وفقا للمادتين ١٠٣ و ٣٠٨ من مجموعة العقود العامة ، اذا أبرم رجل الادارة المختص ، عقدا دون التعقيد بتشكيلات معينة ، متى رأى أنه يحقق الصالح العام^(١) . الا أن جهة الادارة المختصة ، ملزمة بأن تقيم منافسة بين طالبي التعاقد ، ذات طابع مكتوب ولكن بصورة مختصرة^(٢) . ولقد حلت

(١) «Engage sans formalité les discussions qui lui paraissent utiles et attribue ensuite librement le marché au candidat qu'elle a retenu».

دى لوبادير ، المرجع السابق ، ص ٦٤٧ .

(٢) «Une consultation écrite en termes sommaires».

تسمية «Les marchés négociés» محل التسمية القديمة «de gré à gré»
في ٢١ يناير سنة ١٩٧٦ .

ومعظم هذه العقود تتضمن اجراءاتها قدرا من المنافسة ، وان
كان بعضها لا يتطلب اجراء منافسة . وهذا القدر الأقل من المنافسة
يتمثل في الاتصالات الأولية التي يتعين على الادارة اجراؤها بين
الوحدات المستفيدة من العقد وبين المتنافسين المحتملين لابرام
العقد . وقد يتم ذلك عن طريق وسائل الاعلان المناسبة . أما باقى
هذه الطائفة من العقود ، فلا يشترط من الادارة أن تجرى هذه
الاتصالات قبل التعاقد .

ويستعمل هذا الأسلوب غالبا ، اذا كانت احتياجات الادارة
لا يمكن اشباعها الا عن طريق براءة اختراع معينة «au brevet
d'invention» أو بواسطة أشياء مكتكرة ، أو أن تكون المنقولات
المطلوبة موجودة عند حائز وحيد .

وتقوم هذه الطائفة من العقود على مبدأ أساسى هو أن الادارة
حرة في اختيار المتعاقدين وفقا للاعتبارات التي تستقل بتقديرها ،
في نطاق الضوابط العامة التي أشرنا إليها فيما سلف .

ثالثا : عقود البحوث أو الدراسات «Les marchés d'études»

كان هذا النوع من العقود محل تنظيم خاص لأهميته بمقتضى
مراسيم مستقلة ، ثم أدمجت أحكامه في مجموعة الأحكام المنظمة
لطرق ابرام العقود العامة ، والتي عدلت أحكامها في تواريخ لاحقة
أهمها مرسوم ٢١ يناير سنة ١٩٧٦ و ٣١ مارس سنة ١٩٧٨ و ١٠
يناير سنة ١٩٨٠ .

ويميز الفقهاء في هذا الصدد بين نوعين من هذه العقود :

الأول : ويشمل عقود البحوث والدراسات بمعناها الدقيق
والتي ينصب موضوعها على الدراسات التمهيدية ، وعلى مختلف
الاحتمالات ، وعلى كيفية التنفيذ ، وعلى الجوانب الاجتماعية

والاقتصادية والثقافية ، وعلى الدراسات المتعلقة بالصناعة
والخبرة ... الخ (١).

والثاني : ويشمل عقود التوصيف «Les marchés de définition» وهي
نوع متخصص من عقود الدراسات ، يستهدف الكشف عن الظروف
والاحتمالات الخاصة بدراسات ترمع الادارة اجراؤها فيما بعد .
وترمى هذه الدراسات الى تحديد الأهداف المراد تحقيقها ، وأنسب
الدراسات والوسائل الكفيلة بتحقيق هذه الغايات ، والوسائل الفنية
المستخدمة ، والمواد والأشخاص اللازمة لانجاز العمل . كما ترمى
هذه الدراسات الى تحديد التكلفة المناسبة للقيام بهذه الدراسات ،
ومراحل انجازها . وثمة نوع متخصص من هذه العقود ، أحاطه
المشرع الفرنسي بعناية خاصة وهو المتعلق بالأمور الهندسية
«marchés d'ingénierie et d'architectures» والمعمارية .

وتنظم هذا النوع من العقود المواد ١٠٨ و ٣١٤ من مجموعة
العقود العامة . وتبرم العقود المشار إليها بأحد أسويين : أسلوب
الدعوة الى التعاقد «appel d'offres» أو أسلوب المفاوضة «marché négocié»
على النحو السابق توضيحه .

«Recherche exploratoire, études de conception, études de faisabilité,

(١)

études socio-économiques ou socio-culturelles, études industrielles, expertise, services
de conseil en organisation ... etc».

المبحث الثاني

التعاقد عن غير طريق المناقصة في مصر

الأصل الذى صدر عنه المشرع فى مصر ، سواء فى ظل القانون الجديد أو القانون الملغى ، هو فرض نظام المناقصات أو المزايدات العامة بالنسبة للمقود التى ذكرها • فالمادة الأولى من القانون الجديد ، فى فقرتها الأولى ، تنص صراحة على أن « يكون التعاقد على شراء المنقولات ، وتقديم الخدمات ومقاولات الأعمال ومقاولات النقل عن طريق مناقصات عامة يعلن عنها » • كما أن المادة ٣٠ من ذات القانون تقضى بأن « يكون التصرف بالبيع أو تأجير المقاصف وغيرها عن طريق مزايدة عامة أو محلية أو المطاريف المفلقة ••• » ولكن هذا الأصل العام ، قد أقام المشرع بجواره استثناءات :

فالمادة الأولى بعد أن أوردت فى صدرها الحكم العام السابق ، استطردت قائلة « ويجوز استثناء ، وبقرار مسبب من السلطة المختصة ، التعاقد بأحدى الطرق الآتية : (أ) - المناقصة المحدودة • (ب) المناقصة المحلية • (ج) الممارسة • (د) الاتفاق المباشر ••• »

كما أن المادة ٣٠ من ذات القانون قد تضمنت استثناء من الأصل العام فى المزايدات بقولها : « ويجوز عند الضرورة التصرف بالبيع أو الايجار دون مزايدة اذا لم تزد القيمة على ألف جنيه • وذلك طبقا للقواعد والاجراءات التى تبينها اللائحة التنفيذية • كما يجوز استثناء - وبقرار مسبب من السلطة المختصة - التصرف بالبيع أو الايجار عن طريق الممارسة فى الحالات الآتية : ١ - الأصناف التى يخشى عليها من التلف ببقاء تخزينها • ٢ - الأصناف التى لم تقدم عنها أية عروض فى المزايدات أو التى لم يصل ثمنها الى الثمن الأساسى • ٣ - حالات الاستعجال الطارئة التى لاحتتمل اجراءات المزايدة »

أما عن المناقصة المحدودة ، والمناقصة المحلية ، فهما نوعان محددان من المناقصات يخضمان لأحكامها العامة التى عرضنا لها فيما

سلف ، الا ما نص عليه صراحة من أحكام خاصة • وواضح من استعراض النصوص التي أوردناها أن المشرع قد اشترط في التعاقد بغير المزايدات العامة أو المناقصات العامة شرطين أساسيين هما : ألا يلجأ إليها الا بصورة استثنائية وبقرار مسبب من السلطة المختصة • وشرط التسبب سوف يتضمن بطبيعة الحال ، ذكر الظروف الاستثنائية التي أدت الى العدول عن الطريق الأصلي • ونكتفى في هذا المقام باستعراض الأحكام العامة لطريقي الممارسة والاتفاق المباشر •

الفرع الأول

الممارسة

١ - وقد حدث حالاتها المادة الخامسة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ حيث تقول : « يكون التعاقد عن طريق الممارسة في الأحوال الآتية : ١ - الأشياء المعتكر صنعها أو استيرادها • ٢ - الأشياء التي لا توجد الا لدى شخص بذاته • ٣ - الأشياء التي لا يمكن تحديدها بمواصفات دقيقة • ٤ - الأعمال الاستشارية أو الفنية التي تتطلب بحسب طبيعتها اجراءها بمعرفة فنيين أو أخصائيين أو خبراء معينين • ٥ - الحيوانات والطيور والدواجن على اختلاف أنواعها المطلوبة لأغراض غير التغذية • ٦ - التوريدات ومقاولات الأعمال ومقاولات النقل وتقديم الخدمات التي تتصف بالاستعجال أو التي تقضى المصلحة العامة أن تتم بطريقة سرية أو التي لم تقدم عنها أية عطاءات في المناقصات أو قدمت عنها عطاءات بأسعار تزيد على أسعار السوق ، وكانت الجهة الطالبة في حاجة عاجلة لا تسمح بإعادة طرحها في المناقصة » •

٢ - وتتولى اجراءات الممارسة لجنة تشكل بقرار من السلطة المختصة تضم عناصر فنية ومالية وقانونية حسب أهمية وطبيعة التعاقد ، ويشترك في عضويتها مندوب عن وزارة المالية اذا جاوزت القيمة عشرين ألف جنيه ، وعضو من مجلس الدولة اذا جاوزت

القيمة مائة ألف جنيه • ويكون تشكيل لجنة الممارسة ، في حالة اجراء الممارسة في خارج الجمهورية ، بقرار من السلطة المختصة ، على أن يشترك في عضوية هذه اللجنة مندوب عن وزارة المالية اذا جاوزت القيمة مائة ألف جنيه ، وعضو من مجلس الدولة اذا جاوزت القيمة مائتي ألف جنيه • ولا يكون انعقاد لجنة الممارسة صحيحا - بطبيعة الحال - الا بحضور المندوب والمضو المشار اليهما في الحالات المحددة •

ويجوز للسلطة المختصة تفويض اللجنة المذكورة بالتعاقد مباشرة ان وجدت مبررا لذلك • « ويجب في جميع الحالات أن يكون قرار اللجنة مسببا » •

وتسرى على الممارسة الأحكام الخاصة بالمناقصات فيما لم يرد بشأنه نص خاص بها في قانون المناقصات والمزايدات (مادة ٦ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣)

٣ - هذا وقد خول المشرع وزارة الدفاع - في حالات الضرورة - التعاقد ي مناقصات محلية أو بالاتفاق المباشر أو الممارسة ، وفقا لأحكام القانون رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٥٧ بشأن اعفاء عقود التسليح من الضرائب والرسوم والقواعد المالية • (مادة ٨ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) •

٤ - أما تفاصيل أحكام الممارسة ، فقد أوردها المشرع في المادتين ٤٧ و ٤٨ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة على النحو التالي :
مادة ٤٧ : توجه الدعوة لتقديم العروض في الممارسات بخطابات موصى عليها بملم الوصول تتضمن البيانات الواجب ذكرها في الاعلان عن المناقصات العامة والمبينة بهذه اللائحة مع تحديد ميعاد أول اجتماع للجنة الممارسة ليحضره الموردون والمقاولون أو مندوبوهم •

ويجب أن توجه الدعوة الى أكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط موضوع الممارسة والمقيدين بسجل الموردين والمقاولين •

كما يجوز الاعلان عن الممارسة وذلك بترخيص من السلطة المختصة بالاعتماد . وتتولى لجنة الممارسة مجتمعة اجراء ممارسة الموردين والمقاولين ومناقشتهم فى جلسات علنية مفتوحة للموردين والمقاولين أو مندوبيهم ، ثم ترفع اللجنة توصياتها بالنتيجة الى السلطة المختصة بالاعتماد ما لم تكن اللجنة مفوضة بالتعاقد مباشرة . ويجب على لجنة الممارسة أن تثبت كافة ما اتخذته من اجراءات ومناقشات فى محضر يتضمن توصياتها ويوقع عليه من جميع أعضائها .

مادة ٤٨ : تكون اعتماد توصيات لجنة الممارسة من السلطات الآتية :

- ١ - رئيس المصلحة المختص لفاية ٢٠٠٠٠ (عشرين ألف) جنيه .
- ٢ - رئيس الادارة المركزية المختص ٥٠٠٠٠ (خمسين ألف)
- ٣ - الوزير المختص أو من يمارس سلطاته فيما يزيد على ذلك .

الفرع الثانى

الاتفاق المباشر

١ - نصت على هذا الطريق المادة ٧ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ حيث تقول : « يجوز فى الحالات العاجلة التى لا تتحمل اجراء المناقصة ، وبناء على ترخيص من السلطة المختصة ، التعاقد بطريق الاتفاق المباشر فيما لا تزيد قيمته على ألفى جنية بالنسبة للمشتريات العادية والخدمات ومقاولات النقل ، وأربعة آلاف جنية بالنسبة لمقاولات الأعمال . كما يجوز التعاقد بهذا الطريق ، لشراء أصناف محتكرة من شركات فى الخارج ، ليس لها وكلام فى مصر ، فيما لا تزيد قيمته على ثمانية آلاف جنية » .

كما تنص الفقرة الثانية من المادة ٨ من ذات القانون على أنه « يجوز لوزارة التموين (فى حالات الضرورة) شراء مواد التموين اللازمة لحاجة البلاد أو نقلها بمناقصات محلية أو بالاتفاق المباشر ،

وذلك بموافقة رئيس مجلس الوزراء فى كل حالة ، وطبقا لما يقرره من شروط ، وذلك مع عدم الاخلال بالقواعد المعمول بها بالنسبة للهيئة العامة للسلع التموينية » .

وتتضح الصفة الاستثنائية لهذا الطريق من اشتراط المشرع فى المادة السابعة لشروط الضرورة ، وتحديد القيمة القصوى للعقد . كما تتضح ذات الصفة فى المادة الثامنة من ضرورة موافقة رئيس مجلس الوزراء ، وهو قمة الجهاز الادارى فى الدولة .

٢ - وقد وردت تفاصيل الاتفاق المباشر فى المادتين ٥٠ و ٥١ من اللائحة الجديدة ، على النحو التالى :

مادة ٥٠ : يجب فى حالات الضرورة التى يتم فيها اجراء الشراء او الخدمات او تنفيذ مقاولات النقل او مقاولات الأعمال بطريق الاتفاق المباشر فى حدود احكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات أن يكون ذلك بترخيص من رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختصة وان تبين فى المستندات الالباب الملحة التى تقضى باتتباع طريق الاتفاق المباشر ، وان يدون الموظف المسئول على مستندات الصرف اقرارا بأن الأصناف أو الاعمال مطابقة مع حيث النوع والمواصفات للفرض المطلوبة من اجله وان الاسعار مناسبة .

ويكون اعتماد نتيجة التعاقد بهذا الطريق من السلطات الآتية :

١ - رئيس المصلحة المختصة لغاية ١٠٠٠ جنية (الف جنية) بالنسبة للمشتريات العادية وخدمات ومقاولات النقل و ٢٠٠٠ جنية (ألفى جنية) بالنسبة لمقاولات الأعمال و ٤٠٠٠ جنية (أربعة آلاف جنية) بالنسبة لشراء أصناف محتكرة من شركات فى الخارج ليس لها وكلام فى مصر .

٢ - رئيس الادارة المركزية فيما يزيد على ذلك .

مادة ٥١ : لا يجوز تكرار التعاقد بطريق الاتفاق المباشر أكثر

من مرة واحدة في السنة الواحدة بالنسبة الى ذات عملية الشراء أو الخدمة أو مقاوله الأعمال أو النقل الا في حالة الضرورة وبموافقة الوزير المختص .

٣ - هذا وقد نصت المادة ١١٦ من اللائحة الجديدة على أحكام التصرف بالبيع أو التأجير بطريق الممارسة، وأخضعت له ذات القواعد والاجراءات والسلطات التي تنظم الشراء بطريق الممارسة والتي أوردناها فيما سلف .

وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة ١٢٠ من اللائحة الجديدة ، تأجير المقاصف الموجودة بالجهات الادارية للجمعيات التعاونية التي تضم العاملين بها ، اذا كان ذلك يدخل في نشاطها بطريق الاتفاق المباشر، وبترخيص واعتماد السلطة المختصة اذا لم تزد القيمة على ألف جنيه في السنة . ويجب في جميع الحالات ألا تتجاوز مدة التأجير ثلاث سنوات ، يعاد بعدها النظر في القيمة الايجارية بمعرفة اللجنة المختصة ، وتتخذ اجراءات التعاقد من جديد في حدود أحكام لائحة المناقصات والمزايدات .

٤ - ويجب أخيرا على الجهة الادارية البائنة أن تبلغ مصلحة الضرائب بجميع ما يباع من منقولات لغير الوحدات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ، ويجب أن يتضمن التبليغ البيانات الواردة في المادة ١١٩ من اللائحة المذكورة .

٥ - وقد قررت المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ١٨ مارس سنة ١٩٦٧ (س ١٢ ص ٧٧٨) المبدأين التاليين بخصوص التعاقد عن طريق الممارسة أو الاتفاق المباشر :

اولا - « الأصل في التعاقد عن طريق الممارسة أو الاتفاق المباشر هو حرية الادارة في اختيار من يتعاقد معها ، وان كانت هذه الحرية لا ينتفى معها اخضاع عملية الممارسة لتنظيم قانوني معين . وقد التقى الفقه والقضاء الاداري على أنه مهما بلغت دقة

النظام المقرر لاحدى طرق التعاقد عن طريق الممارسة ، فانه ليس ثمة أسلوب واحد تلتزم به جهة الادارة لاختيار متعاقد معين . وعلى هذا الأساس تتميز طرق التعاقد عن طريق الممارسة ، عن طريق التعاقد عن طريق المناقصات العامة » .

ثانيا - لا يمكن تفسير المادة ١٢٤ من اللائحة (الملغاة) على أنها تحول الممارسة الى مناقصة « اذ أنه من السليم فى مجال التفسير أن نبصو التشريع الواحد يجب ألا تتناسخ ، بل يتمين تفسيرها باعتبارها وحدة متكاملة يفسر بعضها بعضا على النحو الذى يحقق أعمال جميع النصوص لا اهمال البعض منها » . ولما كان القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات قد سمح للادارة بالالتجاء الى الممارسة ، فان التفسير العكسى يكون متناقضا معه ، ومع باقى نصوص اللائحة . ومن ثم فان المحكمة الادارية العليا قد فسرت الالتزام الوارد فى المادة ١٢٤ بأنه ينصب على « اتباع الاشتراطات العامة الواردة فى الباب الثانى من اللائحة الخاص بالمناقصات العامة ، بل انها قصدت الى أن تتبع من هذه الاشتراطات ما يتوافق ولا يتعارض مع طبيعة حريتها فى اختيار المتعاقد معها ، ويكون قصارى ما تطلبته هذه المادة اذن هو اتباع الاشتراطات العامة الواردة فى الفصلين الأول والثانى من هذا الباب ، وهى بالذات الاشتراطات المتعلقة بالتأمينات الواردة فى الفصل الثانى منه ضمنا لمجدية المطاء وتنفيذا للمقد على حسن وجه ... » ومن حيث أنه يترتب على ما تقدم أن الادارة تظل فى نطاق الممارسة محتفظة بحريتها الكاملة فى اختيار المتعاقد معها » .

ومع التسليم بوجاهة هذا التدليل ، فان عدول الادارة عن صاحب أفضل عطاء ، استنادا الى حريتها فى الاختيار ، لابد أن يقوم على أسباب جدية تتصل بالصالح العام ، والا كان تصرفا مشوبا بعيب الانحراف يخضع لرقابة القضاء الادارى .

ملحوظة اخيرة : لما كان المشرع قد اخضع عقودا يمينتها للتنظيمات السابقة فان الادارة تكون حرة فى اختيار طريقة التعاقد فيما

عداها ، وبالتالي فإن التنظيمات السابقة انما تلزم الادارة فى مجال تطبيقها فحسب . أما فى خارج هذا المجال فتسترد الادارة حريتها كاملة . ولكن هذه الحرية تخضع لقيدتين كبيرتين :

القيد الأول : وهو قيد ملزم ، يهيمن على جميع تصرفات الادارة ، ونعنى به قيد التمسك والانحراف . فالمعروف أن سلطات الادارة فى الوقت الحاضر هى سلطات تقديرية ، لا تحكمية ولا تمسفية . وبالتالي فإن للادارة أن تترخص فى اختيار المتعاقدين معها فى حدود الصالح العام . وهى فى ذلك تخضع للرقابة الادارية فى نطاق الادارة ذاتها ، وللرقابة القضائية الموجودة دائما . وكل هذا مجرد تطبيق للقواعد العامة .

القيد الثانى : ويرجع الى الرقابة الذاتية التى قد تفرضها الادارة مختارة على نفسها ، ذلك أن عدم تنظيم طريقة معينة للمتعاقد بالنسبة الى جميع العقود ، لا يعنى أن الادارة لا تستطيع أن تلجأ مختارة الى الطرق التى نظمها المشرع ل إبرام العقود التى أشرنا اليها فيما سلف ، فقد ترى الادارة أن تلجأ مختارة الى طريقة المناقصة أو المزايدة لتكفل الوصول الى أفضل الشروط المالية أو الفنية . وقد رأينا فى فرنسا ، أن التجام الادارة الى طرق المزايدة أو المناقصة وفقا للقواعد التى يضمنها المشرع أو القواعد التى ترسمها الادارة ذاتها ، لا يعنى أن تفقد الادارة حريتها كلية ، بل يترتب عليه أن تلتزم الادارة باحترام القواعد والاجراءات المقررة للطريقة التى تتبعها ، مع بقاء حريتها النهائية فى اختيار المتعاقدين من بين الذين تسفر عنهم المناقصة أو المزايدة . فالادارة فى هذه الحالة تكون مقيدة فى الاجراءات حرة فى الاختيار . ولقد سبق أن أوردنا حكم محكمة القضاء الادارى المصرى الصادر فى ٦ يناير سنة ١٩٥٧ ، والذى طبقت فيه المحكمة المبادئ السابقة ، فبعد أن ذكرت أن القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ لا تسرى أحكامه الا بالنسبة الى عقود معينة ، استطلعت قائمة د . . . فاذا أرادت الادارة أن تتبع نظام

المزايدة بالنسبة له (عقد من المقود التي لا تخضع للقانون السابق)
فانها (الادارة) انما تطبق المبادئ الأساسية التي تخضع لها المزايدة
العامة ، من حيث استهدافها بما في نصوص القانون رقم ٢٣٦ لسنة
١٩٥٤ من التزام نظام محدد بخصوص تشكيل لجان فتح المظاريف
وفحص العطاءات ، على ألا يكون من نتيجة اتباع هذه الأنظمة تقييد
حرية الادارة في إلغاء المزايدة اذا بدالها عدم ملامتها ، وأن يكون
لها حق الاعتراض على تنفيذها . . . مما يستوجب أن يترك للادارة
سلطة تقديرية في إبرام العقد . . . »

ولا شك أن الادارة في مصر تستطيع أن تستهدى بطرق الممارسة
المختلفة في فرنسا والتي أشرنا اليها فيما سلف .

الكاتب الثاني

كيفية إبرام عقود الإدارة

١ - رأينا في الباب الأول كيف تختار الإدارة المتعاقدين معها ، ولمسنا كيف قيد المشرع سلطتها في هذا الصدد . والواقع أن المشرع لم يقيد الإدارة فيما يتعلق بكيفية اختيار المتعاقدين فحسب ، بل فرض عليها كثيرا من القيود يطمئن عليها مراعاتها من أول خطوة من خطوات التعاقد حتى إبرام العقد .

٢ - وقد أتيج لمحكمة القضاء الإداري المصرية أن تبرز تلك الفكرة في بعض أحكامها، تكتفي منها بحكمها الصادر في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (س ١١ ، ص ١٠٦) والذي تقول فيه : « ان النظرية القانونية العامة في العقود الإدارية ، تبدأ على غرار مثيلتها في العقود المدنية بالتقصي عن شروط تكوين العقد الإداري ، ومن بعدها يبحث عن شروط صحة انعقاد العقد وطرائقه من حيث اختيار الطرف المتعاقد مع الإدارة واعداد شروط التعاقد . وتتكون العقود التي تبرمها الإدارة في العادة من عملية أكثر تعقيدا منها في العقود المبرمة بين الأفراد . ويبرز أشد أنواع هذا التعقيد بوجه خاص في الشق المتعلق بالتعبير عن إرادة جهة الإدارة التي تكون طرفا في العقد الإداري كما يتكون العقد المدني من تلاقي رضاء كل من الطرفين المتعاقدين برضاء الآخر ، وإذا كان التعبير عن إرادة المتعاقدين مع جهة الإدارة يشبه في بساطته التعبير الصادر منه في نطاق القانون الخاص ، إلا أن التعبير عن إرادة جهة الإدارة غالبا ما يتم في شكل عملية مركبة معقدة متشابكة ، وقد تكون على مراحل متعددة ، وفي فترات متلاحقة على حسب الأحوال . وعادة ما يسبق ذات التصرف الذي يتم بمقتضاه إبرام العقد الإداري طائفة من الاجراءات والتدابير التي تمهد وتهيئ لمولد ذلك التصرف الذي قد تعقبه طائفة

أخرى من تدابير واجراءات التصديق والاعتماد اللازم لإبرام العقد ،
وتكون مكتملة له مستهدفة اعمال أحكامه وتطبيق بنوده . وطبيعى أن
يكون إبرام العقد الإدارى مسبقا فى العمل بمرحلة تحضيرية تدور
خلالها المباحثات والمفاوضات . وهذا التبادل لوجهات النظر بين
الطرفين الراغبين فى إبرام العقد ، لا يمكن أن يولد فى حد ذاته
رابطة عقدية »

وعادت المحكمة الى تكرار المبادئ السابقة بشكل أكثر تفصيلا
فى حكمها الصادر فى ٢٠ يونية سنة ١٩٥٧ حيث تقول : « ان للعقد
الإدارى خصائص فى إبرامه تختلف عن أحكام القانون الخاص ، إذ
ترد فيه على حرية الأشخاص المعنوية العامة قيود : منها ما يتعلق
بشكل العقد وموضوعه ، والنصوص التى تتضمنه . ومنها ما يتعلق
بحرية اختيار الشخص الذى تريد جهة الإدارة التعاقد معه ، ذلك
بأنه يشترط لإبرام بعض العقود استفتاء هيئات نص عليها القانون ،
ويشترط فى البعض الآخر عرضها على الهيئة التشريعية ، وصدور
قانون بشأنها . يضاف الى هذا أن الأشخاص المعنوية تتقيد بنصوص
معينة تفرضها القوانين واللوائح ، وعليها كذلك أن تسلك سبلا معينة
للتعاقد ، وتتبع اجراءات خاصة من شأنها ضمان اختيار المتعاقد .
كما أن من العقود الادارية ما يجب - من حيث الشكل - أن يكون
مكتوبا حتى يتيسر تضمينه الشروط الاستثنائية التى تميزه عن
عقود القانون الخاص (١) »

٣ - ولقد خصصنا الباب الأول من هذا القسم لدراسة القيود
التي ترد على حرية الإدارة فى اختيار المتعاقد . وفى هذا الباب
الثانى ندرس سائر القيود الأخرى التى تسبق الرابطة التعاقدية .
ونلفت النظر هنا أيضا الى أن هذه القيود ليست مقصورة على العقود
الإدارية بمعناها الفنى الدقيق ولكنها تشمل عقود الإدارة بصفة
عامة .

(١) القضية رقم ٢٤٨٠ لسنة ٩ قضائية وزارة التكوين ضد عبده سلوت .

ونرى أن نقوم بتلك الدراسة على النحو التالي :

- ١ - القيود السابقة على التعاقد .
- ٢ - عملية التعاقد في ذاتها .
- ٣ - دور الشكل في مجال العقود الادارية .

المبحث الأول

القيود السابقة على التعاقد

تتبلور هذه القيود في اجراءات يتمين على الادارة أن تمر بها قبل أن تستطيع ابرام العقد . وتلك القيود عديدة يمكننا أن نتناول أهم صورها فيما يلي :

الفرع الأول

الاذن المالي

١ - لا تستطيع الادارة أن تتعاقد ، وأن تلتزم بمبالغ معينة الا اذا وجد الاعتماد المالي اللازم لمواجهة الأعباء الجديدة^(١) . وهذه القاعدة ليست مقصورة على نشاط الادارة المتعلق بالعقود الادارية ، ولكنها تشمل كل نشاط ادارى تقوم به الادارة ، ويترتب عليه التزام بدفع مال . واذا كان القانون المالى وثيق الصلة بالقانون الادارى فان المسلم به - وفقا للنظرة الفرنسية التى تأخذ بها فى مصر - أن القانون المالى مستقل عن القانون الادارى^(٢) . ويترتب على ذلك

(١) L'existence des crédits budgétaires régulièrement ouverts.

(٢) راجع فى هذا الخصوص « مالية الدولة - للدكتور محمد حلمى مراد » طبعة سنة ١٩٥٧ ص ٢٠ حيث يقول :

« وقد حدث هذه العلاقات القائمة بين كل من مالية الدولة وبين القانونين الادارى والدمستورى بالبيض الى اعتبار دراسة المالية فرعا من قروع القانون العام ، ولكن هذا الرأى محل نظر ... الأمر الذى يجعل من التشريع المالى فرعا مستقلا له ذاتيته الخاصة وله قواعده وتفسيراته وأهدافه التى تختلف عن أساليب وتفسيرات وأهداف القوانين الأخرى ... »

نتيجة بالغة الأهمية ، وهي أن جزاء مخالفة القواعد المالية مقصور على نطاق القانون المالي^(١) .

٢ - ويرتب القضاء الفرنسى على الفصل بين مجالى كل من القانونين المالى والادارى النتيجةين الهامتين التاليتين :

النتيجة الأولى : أن مخالفة الادارة للقواعد الخاصة بالاعتماد المالى لا يترتب عليها بطلان التصرف الادارى . ومن ثم فان الادارة اذا تماقدت برغم عدم وجود اعتمادات مالية فان العقد يكون سليما وملزما للادارة فى مواجهة الأفراد ، سواء اكان الاعتماد غير موجود كلية او كانت الالتزامات التعاقدية تزيد على المبلغ المسموح به^(٢) . وبهذا المبدأ يقضى مجلس الدولة الفرنسى ، اذ يجرى باستمرار على الغاء امتناع الادارة عن الوفاء بالتزاماتها التعاقدية بحجة مخالفة الادارة للقواعد المتعلقة بالاعتمادات المالية^(٣) .

ولكن عدم وجود الاعتماد المالى يترتب عليه اثر عملى هام فى مواجهة المتماقذ مع الادارة ، ذلك أنه لا يستطيع اجبار الادارة على الوفاء بالتزاماتها التعاقدية الا بعد تدبير المبالغ اللازمة لذلك بالطرق المشروعة المقررة^(٤) .

ويبرر الفقهاء هذه النتيجة التى يقول بها القضاء ، بالاستناد الى حالة الاستعالة التى يتواجد فيها المتماقذ مع الادارة ، من حيث عدم

(١) مؤلف الأستاذ دى لوبادير فى العقود ، المرجع السابق ، الجزء الأول ص ١٤٢ وما بعدها . وراجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢٨ مارس سنة ١٩٢٤ فى قضية «Jaurou» منشور فى مجموعة دالوز سنة ١٩٢٤ القسم الثالث ص ٢٩ مع تقرير «M.R. Mayers» .

(٢) مؤلف جيز فى العقود ، الجزء الأول ص ١٥ ، ومؤلف الفقيهين لافيرير وفالين بعنوان : «Traité élémentaire de science et de législation financières» ص ١٥٤ .

(٣) على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ فى قضية «Dame Baudouin» المجموعة ص ١٠٢٩ .

(٤) حكم المجلس الصادر فى ٤ فبراير سنة ١٩٤٩ فى قضية «Villaret» المجموعة ، ص ٥٢ .

امكان تأكيده مقدما من وجود الاعتمادات المالية ، وأن الادارة المتعاقدة معه قد احترمت القواعد المتعلقة بها .

ولقد أتيح للمحكمة الادارية العليا فى مصر أن تأخذ بالقواعد السابقة . ففى حكمها الصادر فى ١١ فبراير سنة ١٩٥٦ تقول : « . . . فالثابت فى فقه القانون الادارى أن العقد الذى تبرمه الادارة مع الغير كمقدد من عقود الأشغال العامة أو التوريد مثلا ، ينمقد صحيحا ، وينتج آثاره حتى ولو لم يكن البرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الأشغال أو حتى لو جاوزت الادارة حدود الاعتماد أو لو خالفت الغرض المقصود منه أو لو فات الوقت المحدد لاستخدامه ، فمثل هذه المخالفات - لو وجدت من جانب الادارة - لا تمس صحة العقد ولا نفاذه ، وانما تستوجب المسئولية السياسية . وعلة ذلك ظاهرة ، وهى أن هذه العقود الادارية التى تبرمها الادارة مع الغير هى روابط فردية ذاتية ، وليست تنظيمية عامة . ويجب من ناحية حماية هذا الغير . ومن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة فى الادارة . فليس فى مقدور الفرد الذى يتعاقد معها أن يعرف مقدما اذا كان قد صدر اعتماد أو لم يصدر ، وما اذا كان يسمح بإبرام العقد أو لا يسمح ، وما اذا كان العقد فى حدود الغرض المخصص له الاعتماد أو ليس فى حدود الغرض ، فكل أولئك من الدقائق التى يتعذر على الفرد العادى ، بل الحريص ، التعرف عليها . ولو جعل صحة العقود الادارية أو نفاذها رهنا بذلك ، لما جازف أحد بالتعاقد مع الادارة ، ولتتمطل سير المرافق العامة » (١) .

ويجب أن يضاف الى ما تقدم ، أن الادارة المتعاقدة ترتكب خطأ حين تتعاقد مع عدم احترام القواعد المتعلقة بالمالية العامة ، وأنها مسئولة عن هذا الخطأ على أية حال .

(١) مجموعة أحكام المحكمة الادارية العليا ، السنة الأولى ، ص ٦٩٨ . ولكن المحكمة لم تعمل القاعدة السابقة بالنسبة الى نفاذ القرارات الادارية التنظيمية الصادرة فى شئون الموظفين . ولقد ناقشنا هذه المشكلة فى مؤلفنا « النظرية العامة للقرارات الادارية » فى طبعاته المتعددة .

النتيجة الثانية : أن اعتماد المبالغ اللازمة للتعاقد - في الحالات التي يتعين فيها على جهة الادارة المتعاقدة الحصول على هذا الاعتماد مقدما - لا يلزم الادارة بالتعاقد ، وذلك سواء أكان الاعتماد يصدر في صورة قانون من البرلمان ، أو قرار من مجلس من المجالس - فبرغم صدور الاعتماد ، فإن جهة الادارة المتعاقدة تستطيع أن تعدل عن التعاقد اذا وجدت أن المصلحة العامة تقتضى ذلك . ففتح الاعتماد ليس الا مجرد اذن غير ملزم بالصرف .

وهذه القاعدة ليست في الواقع مقصورة على مجال العقود الادارية ، ولكنها قاعدة عامة ، فوجود الاعتمادات المالية في ميزانية ادارة من الادارات ، لا يعنى الزام هذه الادارة بالصرف ، بل تحتفظ تلك الادارة - كقاعدة عامة ، وما لم يرد نص مخالف في تشريع من التشريعات - بسلطانها التقديرية في استخدام تلك الاعتمادات في الفرض الذي خصصت له .

ومن ثم فإن وجود الاعتماد المالى لا يرتب بذاته التزاما في جانب الادارة ، وانما يوجد هذا الالتزام حين تتدخل الادارة ، وتعتبر عن ارادتها ، باستخدام الاعتماد في تحقيق الفرض الذي رصد الاعتماد من أجله^(١) . على أنه من الواجب أن نذكر ملحوظة أساسية في هذا الصدد ، وهى المتعلقة باخضاع بعض الجهات الادارية ذات الاستقلال الذاتى لوصاية السلطة المركزية ، فالمجالس المحلية (مجالس المحافظات والمراكز والمدن والأحياء والقرى) ، تستطيع التعاقد والتصرف بشئ من الاستقلال تحت رقابة السلطة الادارية المركزية . ويخول المشرع جهة الوصاية ، في حالات استثنائية ، حق الحلول محل السلطات اللامركزية اذا قصرت في القيام بتصرف معين يرى المشرع

(١) جاء في حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر في ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٣ في قضية «Chambre Syndicale des industries de chasse» قوله :

«Si le budget de la défense nationale comporte, depuis 1948 les crédits nécessaires pour la fabrication de cartouches de chasse par la poudrerie de S. en vue de leur vente au public, le vote de ces crédits n'a pas eu pour effet d'ériger légalement en service public la dite fabrication».

الزامها بالقيام به . وقد وردت مثل هذه الحالات فى قوانين مجالس المديريات والمجالس البلدية القديمة ، وفى القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٦٠ ، وفى القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٥ باصدار قانون نظام الحكم المحلى ، وفى القانون الحالى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ (المعدل) فالمادة ١٢١ (معدلة) من القانون الأخير توجب ادراج المبالغ الآتية بمشروعات موازنات المحافظات اذا أغفلت ادراجها كلها أو بعضها :

١ - الالتزامات التى تكون المحافظة أو إحدى وحدات « الحكم المحلى » فى نطاقها ملتزمة بها .

٢ - الاستخدامات التى يفرضها هذا القانون أو أى قانون آخر .

٣ - مصروفات الادارة أو الصيانة اللازمة لحسن سير المرافق والمنشآت أو الأعمال التى تتولاها المحافظة أو وحدات « الحكم المحلى » فى نطاق المحافظة .

ففى هذه الحالات تصبح جهة الادارة اللامركزية ملزمة بانفاق المبالغ التى أدرجتها الادارة المركزية - باعتبارها جهة الوصاية - فى الغرض الذى خصصت من أجله ، ويتمين بالتالى التعاقد اذا كان اتفاق تلك المبالغ يستلزم ابرام عقود ادارية أو غير ادارية .

الفرع الثانى

ضرورة الحصول على تصريح بالتعاقد

١ - يستلزم المشرع بالنسبة الى بعض العقود الهامة ، ضرورة حصول جهة الادارة المتعاقدة على تصريح أو اذن بالتعاقد من جهة يحددها بحيث لا تستطيع الادارة التعاقد كلية بدون هذا الاذن .

وهنا يختلف الاذن عن شرط الاعتماد المالى . فلقد ذكرنا فيما سلف أن وجود الاعتماد المالى ليس شرطاً لسلامة التعاقد . وليس هذا هو الشأن بالنسبة الى شرط الحصول على الاذن بالتعاقد . ذلك أنه حيث يشترط المشرع ضرورة الحصول على هذا الاذن ، يكون هذا

الاذن ضروريا لقيام الرابطة التعاقدية ، بمعنى أن تعاقد الادارة دون الحصول على هذا الاذن ، يؤدي الى بطلان العقد بطلانا مطلقا « nul d'une nullité absolue » ذلك أن المسلم به في الفقه الادارى الفرنسى أن القواعد الخاصة بضرورة التصريح السابق ، هى قواعد متعلقة بالنظام العام « des règles d'ordre public » لقيامها على أسباب جوهرية تتصل بالصالح العام اتصالا وثيقا ، ومن ثم فلا يمكن مقارنتها بالقواعد المقررة لحماية ناقصى الأهلية فى القانون الخاص (١) .

وبهذا المبدأ أخذ قسم الرأى بمجلس الدولة المصرى ، اذ جاء فى احدى فتاويه الخاصة بضرورة موافقة البرلمان على العقود التى تتضمن تبرعا من جانب الدولة قوله : « ... فإذا كانت السلطة التشريعية وهى سلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية لم تعبر عن رأيها ، فإن ارادة الدولة لا تكون حينئذ مميبة فحسب ، وإنما تكون منسجمة اطلاقا ، اذ أن انفراد السلطة التنفيذية الممثلة فى مجلس الوزراء بالتعبير عن ارادة الدولة فى عقد التبرع ، يعتبر منها طغيانا عن السلطة التشريعية يعدم ارادة الدولة . ومتى انعدمت الارادة التى تعتبر العنصر الأساسى فى تكوين العقد كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لا وجود له فى نظر لقانون ، وإنما هو واقعة مادية بحت ، وبالتالي يسقط هذا العقد مع ما يترتب على ذلك من آثار (٢) ... »

(١) جيز ، مؤلفه السابق ص ٢١ و ٣١ ، ودى لوبادير ، المرجع السابق ، ص ١٤٧ .

(٢) فتوى فى ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٥٤ ، مجموعة فتاوى المجلس ، السنة الثامنة ومن منتصف التاسعة ص ٢٢٦ .

وقد استعترضه الفتوى تقول : « ... إلا أن هذه الآثار « آثار الانعدام » تقف عند الآثار المستقبلية دون الماضية ، لأن هذه الأخيرة لا يمكن المساس بها تأسيسا على حسن نية الطرف الآخر وعدم مسئوليته عن خطأ الدولة . هذا البطلان لا تصححه الاجازة حتى ولو كانت بقانون . ومن ثم اذا رأت الدولة - تبعا لتقديرها - اعطاء احدى الجمعيات قطعة أرض باليجار أسمى ، فلها أن تصدر قانونا بإبرام عقد جديد مع الجمعية المذكورة ... » واعتبرت الفتوى أن هذا المبدأ ، مبدأ دستوريا لا يسقط بسقوط الدستور .

وراجع فتاوى رقم ٣٦٠ الصادرة فى ١٧ يوليو سنة ١٩٥٤ ، بذات المعنى السابق ، فى خصوص منح التزامات المرافق العامة ، المجموعة السابقة ، ص ٤٦ . وهى فتوى قسم الرأى مجمعا .

وفي فتوى أخرى ، يؤكد قسم الرأى أن عدم احترام الادارة لنص المادة ١٣٧ من دستور ١٩٢٣ ، وتماقد الادارة على استغلال مورد مع موارد الثروة الطبيعية بلا اذن سابق من البرلمان ، يجعل الترخيص « باطلا بطلانا مطلقا » . ويرد القسم على وجهة النظر الأخرى والقائلة « بأن التصرفات التي تبرم بغير اذن البرلمان مع وجوب عرضها عليه تبقى نافذة لازمة ، ولا يكون هناك سوى المسؤولية السياسية للوزارة ، أو الوزير » يقول القسم : « ان الاختصاص فى القانون العام ، يقابل الأهلية فى القانون الخاص . وكما يشترط لكى يكون التصرف الفردى صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية أن يكون المتصرف متمتعاً بالأهلية القانونية لإبرامه ، كذلك يشترط لصحة التصرف الإدارى أن يكون الموظف الذى يصدر منه هذا التصرف مختصاً ، وأن يكون موضوعه جائزاً ومشروعاً ، وأن تراعى فيه الشروط الشكلية التى ينص عليها القانون . على أن الاختصاص فى القانون العام أضيق نطاقاً من الأهلية فى القانون الخاص ، اذ الأصل فى القانون الخاص أن الشخص ذو أهلية ما لم ينص القانون على عكس ذلك ، أما فى القانون العام ، فالأصل أن الموظف غير مختص بها الا بالنسبة الى المسائل التى ينص على اختصاصه بها . وفى الحالة المعروضة لا اختصاص للسلطة التنفيذية فى الترخيص باستغلال الثروة الطبيعية ، فالتزامها باطل بطلانا مطلقاً لعدم اختصاصها به ، ومع ثم لا يترتب على هذا الالتزام الباطل أثر »^(١) .

ولما كان العقد الذى تبرمه الادارة دون الحصول على الاذن السابق معدوماً من الناحية القانونية ، فإن المتعاقد مع الادارة لا يستطيع أن يتمسك به فى مواجهة الادارة فى هذه الحالة كما هو الشأن فى حالة عدم وجود الاعتماد المالى . ولكن هذا لا يعنى أن

(١) واستطرد القسم قائلاً : « أما المسؤولية السياسية أمام البرلمان ، فهى لا ترد الا بالنسبة الى تصرفات تصدر من الوزير صحيحة فى حدود اختصاصه ، ويؤخذ عليها عدم ملامتها أو عدم اتفاقها مع الصالح العام » .
فتوى القسم رقم ١٦٢ فى ١٨/٥/١٩٥٠ ، مجموعة الأستاذ أبو شادى ، ص ٨٦ .

الفرد لا يستطيع الحصول على التعويض إذا لحقه ضرر من جراء تعاقد الإدارة على خلاف المقرر . فالمسلم به أن الفرد هنا لا يستطيع أن يرجع على أساس الرابطة التعاقدية ، لأن هذه الرابطة لم توجد كلية ، ولكنه يستطيع أن يرجع على الإدارة اما على أساس الخطأ «base quasi-délictuelle» باعتبار أن الإدارة قد أخطأت بعدم الحصول على الاذن ، وأن خطأها هذا قد حمل المتعاقد اضرارا مادية أو معنوية . واما على أساس قاعدة الاثراء بلا سبب «enrichissement sans causes» إذا استطاع أن يثبت أن الإدارة قد أفادت من جراء تنفيذ العقد المدوم .

أما إذا كان الفرد قد استفاد من العقد المدوم ، فلقد رأينا أن مجلس الدولة المصري قد أفتى بأن آثار العقد المدوم والتي تمت في الماضي « . . لا يمكن المساس بها تأسيسا على حسن نية الطرف الآخر وعدم مسؤوليته عن خطأ الدولة » .

كما أن المجلس قد أفتى أيضا بأنه لا سبيل الى تصحيح العقد المدوم للسبب السابق ، وأن كانت الإدارة تستطيع أن تبرم عقدا مبتدأ مع احترام القواعد المقررة ، فتنشأ الرابطة التعاقدية لأول مرة (١) .

٢ - وهنا أيضا - وكما هو الشأن بالنسبة الى الاعتماد المالي - إذا كان اذن البرلمان ضروريا ، فإن الإدارة بعد الحصول على هذا الاذن ، تحتفظ بحريتها في اتمام الرابطة التعاقدية أو عدم اتمامها طبقا لمقتضيات الصالح العام . وبهذا المعنى أفتى قسم الرأى مجتمعا في ١٩٥٣/١/٢٥ حيث يقول : « ويرى قسم الرأى مجتمعا أن عقد الترخيص بالبحث لا يتم الا بعد صدور قبول من الوزير المختص للايجاب الصادر من طالب الترخيص ، وأن هذا القبول لا يكون الا بناء على الاذن من البرلمان في ذلك . والقانون الصادر من البرلمان

(١) الفتوى المشار إليها في الهامش السابق .

متضمنا هذا الاذن ، وان كان شرطا لابرام العقد ، الا أنه غير ملزم للسلطة المختصة بالمنح ، فيبقى لهذه السلطة دائما أن تترخص فى تقدير ملائمة منح الترخيص من عدمه بما لها من حق الاشراف والرقابة على حسن استغلال موارد الثروة الطبيعية فى البلاد^(١) » .

٣- ويأخذ الاذن فى الحالات السابقة صوراً متعددة : فقد يصدر من البرلمان فى صورة قانون ، وهذه أقوى صور الاذن على الاطلاق ، وقد لا يفرغ فى صورة قانون . وقد يكون الاذن فى صورة قرار جمهورى أو قرار من مجلس الوزراء أو من الوزير أو من أية جهة ادارية أخرى . والمسلم به أن الحكم واحد فى جميع الحالات السابقة . وفيما يلى تعرض لبعض العقود التى يتطلب فيها الاجراء السابق ، لا سيما العقود التى يشترط فيها المشرع موافقة البرلمان .

أولاً : العقود التى يشترط أن يأذن البرلمان للإدارة بإبرامها :

يجرى تقليدنا الدستورى منذ مدة طويلة ، وحتى قبل صدور دستور سنة ١٩٢٣ ، على ضرورة موافقة البرلمان قبل إبرام بعض العقود الهامة . ولقد تجلّى هذا الاتجاه فى بعض مواد الدستور سنة ١٩٢٣ وما يقابلها من دساتير سنة ١٩٥٦ وسنة ١٩٦٤ وسنة ١٩٧١ على النحو التالى :

دستور سنة ١٩٢٣ :

مادة ١٣٦ - « لا يجوز تقرير معاش على خزانة الحكومة أو تعويض أو اعانة أو مكافأة الا فى حدود القانون » .

مادة ١٣٧ - « لا يجوز عقد قرض عمومى ولا تعهد يترتب عليه انفاق مبالغ من الخزانة فى سنة أو سنوات مقبلة الا بموافقة البرلمان » .

وكل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية فى البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور العامة ، وكل احتكار لا يجوز الا بقانون وإلى زعيم محدود .

(١) مجموعة الأستاذ سمير أبو شادى ، ص ٩٦ .

يشترط اعتماد البرلمان مقدما فى انشاء أو ابطال الخطوط الحديدية والطرق العامة والترع والمصارف وسائر أعمال الرى التى تهم أكثر من مديرية ، وكذلك كل تصرف مجانى فى أملاك الدولة » .

دستور سنة ١٩٥٦ :

مادة ٩٦ - « لا يجوز للحكومة عقد قرض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه انفاق مبالغ من خزانة الدولة فى سنة أو سنوات مقبلة الا بموافقة مجلس الأمة » .

مادة ٩٧ - « يعين القانون قواعد منح المرتبات والمعاشات والتعويضات والاعانات والمكافآت التى تقرر على خزانة الدولة ، وينظم حالات الاستثناء والسلطات التى تتولى تطبيقها » .

مادة ٩٨ - « ينظم القانون القواعد والاجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، كما يبين أحوال التصرف بالمجان فى المقاربات المملوكة للدولة وفى أموالها المنقولة والقواعد والاجراءات المنظمة لذلك » .

مادة ٩٩ - « لا يجوز منح احتكار الا بقانون والى زمن محدود »

دستور سنة ١٩٦٤ :

مادة ٧٢ : « لا يجوز للحكومة عقد قرض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه انفاق مبالغ من خزانة الدولة فى سنة أو سنوات مقبلة الا بموافقة مجلس الأمة » .

مادة ٧٣ : « يعين القانون قواعد منح المرتبات والمعاشات والتعويضات والاعانات والمكافآت التى تقرر على خزانة الدولة ، وينظم حالات الاستثناء منها ، والسلطات التى تتولى تطبيقها » .

مادة ٧٤ : « ينظم القانون القواعد والاجراءات الخاصة بمنح الالتزام المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، كما يبين أحوال التصرف بالمجان فى المقاربات المملوكة للدولة ،

والنزول عن أموالها المنقولة ، والقواعد والاجراءات المنظمة لذلك » .

دستور سنة ١٩٧١ :

وقد أورد المواد الثلاث السابقة في صياغة مختلفة قليلا حيث يقول :

مادة ١٢١ : « لا يجوز للسلطة التنفيذية عقد قروض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه انفاق مبالغ من خزانة الدولة في فترة مقبلة الا بموافقة مجلس الشعب » .

مادة ١٢٢ : « يعين القانون قواعد منح المرتبات والمعاشات والتعويضات والاعانات والمكافآت التي تقرر على خزانة الدولة » . وينظم حالات الاستثناء منها والجهات التي تتولى تطبيقها » .

مادة ١٢٣ : « يحدد القانون القواعد والاجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، كما يبين أحوال التصرف بالمجان في العقارات المملوكة للدولة والنزول عن أموالها المنقولة والقواعد والاجراءات المنظمة لذلك » .

هذا ولقد سبق لنا - عند دراسة العقود الادارية المسماة الهامة - أن عرضنا لهذا الموضوع بمناسبة عقد الامتياز ، وأوضحنا ما انتهى اليه الرأي في ظل دساتير مصر المتعاقبة حتى الآن .

ونتناول هذا الموضوع هنا من الناحية العامة :

وأول ما يلاحظ في هذا الصدد أن التقليد كان يجرى في ظل دستور سنة ١٩٢٣ على أن يعبر البرلمان عن ارادته في صورة قانون . وبالتالي فلقد كان من المتعين أن يكون الاذن الصادر من البرلمان - بأجازة التعاقد - في الحالات التي يتمين فيها الحصول على موافقة البرلمان ، مفرغا في صورة قانون .

أما دستور سنة ١٩٥٦ فقد ألزم خطة أخرى ، فلم يشترط القانون صراحة الا في حالة واحدة ، وهي حالة منح احتكار . أما في

غيرها فقدد أحال الى قانون لتنظيم كيفية التصرف . وهذه الاحالة تمكن المشرع من اصدار قانون يخول الادارة التعاقد مباشرة ، في الحدود التي يضعها لها التشريع . وقد جرى التطبيق العملي في ظل دستور سنة ١٩٥٦ على خطة تنافير الخطة التي سار عليها العمل في ظل دستور سنة ١٩٢٣ ، ذلك أن التطبيق العملي قد كشف لنا أن واضعي دستور سنة ١٩٥٦ قد أرادوا المعنى الحرفي الوارد في ذلك الدستور ، من التمييز بين الاصطلاحين « بقانون » و « بموافقة مجلس الأمة » وأنهم قصدوا بالموافقة مجرد الموافقة ، دون حاجة لأن تفرغ هذه الموافقة في صورة قانون كما كان الشأن في الماضي . اتبع هذا المسلك فيما يتعلق بالميزانية والاعتمادات الاضافية^(١) . وواضح أن ما يسرى على الميزانية والاعتمادات الاضافية ، يسرى على كل أمر يكتفى فيه الدستور بمجرد « موافقة » مجلس الأمة . وقد استمر هذا التقليد في ظل دستوري سنة ١٩٥٨ وسنة ١٩٦٤ .

ولقد انتقدنا ومازلنا هذا المسلك الجديد ، لأنه لا يقدم كثيرا من الناحية العملية ، ذلك أن اشتراط موافقة البرلمان تنتهي عملا الى ما يساوي افراغ الموافقة في صورة قانون ، لأن القانون لا يعنى بعد الحصول على موافقة البرلمان الا بعض اجراءات تستقل بها الادارة ، كتصديق رئيس الجمهورية والنشر . كما أن النظام القانوني للاعمال التي يجب أن يوافق عليها البرلمان لا يختلف كثيرا عن التشريعات باعتبار أنها من قبيل الأعمال البرلمانية التي لا تختص المحاكم بالنظر فيها^(٢) . ولهذا فأننا نرحب بمسودة دستور سنة ١٩٧١^(٣) الى تقاليدنا القديمة والتي تقوم على اصدار الميزانية بقانون ، اذ نصت الفقرة الثالثة من المادة ١١٥ منه على أن تصدر الميزانية بقانون ، وكان يكتفى - وفقا للتقليد السابق - بمجرد

(١) راجع ناقشنا لهذا الموضوع في « مبادئ القانون الدستوري » ص ٢٨٧ وما بعدها .

(٢) راجع في التفاصيل مؤلفنا « القضاء الاداري » وقد سبقت الاشارة اليه .

(٣) الذي شاركنا في اعداده .

موافقة البرلمان عليها • فهل يتبع ذات المسلك بالنسبة الى الأمور التي يتعين أن يوافق عليها البرلمان ؟ لا بد من انتظار التقاليد البرلمانية في هذا الصدد •

٤ - هذا وبالرجوع الى مسلك مجلس الدولة المصرى في هذا الصدد خلال فترة الانتقال التي أعقبت سقوط دستور سنة ١٩٢٣ ، نجد أنه قد أفتى بأن مبدأ عدم التبرع بأموال الدولة الا بموافقة السلطة التشريعية لا يسقط بسقوط دستور سنة ١٩٢٣ • ذلك أن سقوط دستور سنة ١٩٢٣ لا يعنى سقوط المبادئ الدستورية العامة ، ومن هذه المبادئ حق السلطة التشريعية في مراقبة السلطة التنفيذية في التصرف في أموال الدولة واشتراكها في ابرام هذا التصرف ان كان تبرعا • واذا كانت الحكمة من وجود هذه الرقابة غير قائمة الآن لتركيز السلطة التشريعية في مجلس الوزراء ، وهو يعينه السلطة التنفيذية ، فانه يجب المحافظة على هذا المبدأ من الناحية الشكلية ، طالما أن مجلس الوزراء عبر عن ارادته في التفريق بين القرارات والقوانين وكلها تصدر منه ، والا لما كنا في حاجة لاصدار قوانين على وجه الاطلاق « (١) » •

واذا كان هذا هو رأى في ظل نظام يخلط بين السلطتين التنفيذية والتشريعية ، فانه أجدر بالاتباع في ظل النظام الذى يميز بين السلطة التنفيذية وبين مجلس الشعب •

وبذات المبدأ أفتى مجلس الدولة فيما يتعلق برقابة منح التزامات المرافق العامة • فقد جاء في فتوى قسم الرأى مجتمعا والصادرة في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٤ قوله : « باستقراء أحكام الدساتير المقارنة - لاسيما الدستور البلجيكي والفرنسى - يبين أن هناك عرفا دستوريا مستقرا يقضى بقيام نوع من الرقابة البرلمانية على السلطة التنفيذية في خصوص منح التزامات المرافق العامة أو استغلال موارد الثروة

(١) فتوى المجلس السابقة ، والصادرة في ٢٢ سبتمبر في ١٩٥٤ •

الطبيعية . غير أن هذه الرقابة ليست مطلقة ، بل تقتصر على المرافق
القسومية الرئيسية والموارد الطبيعية الهامة ، وإذا كانت معظم
الداياتر خالية من نصوص صريحة ، تدون هذا المرفق ، وتقيم حده
وقيوده ، فقد تولت القوانين هذا التحديد ، فوضعت فاصلا بين ما
يجب الرجوع فيه الى البرلمان من هذه التصرفات لأهميته ، وما تنفرد
باجرائه السلطة التنفيذية . والسائد في هذه القوانين أن المرافق
المحلية يترك أمر إدارتها الى الهيئات الإقليمية والمحلية خاضعة في
ذلك لوصاية الحكومة المركزية في حدود القوانين المنظمة لاختصاص
هذه الهيئات . وإزاء خلو التشريع المصرى من قانون عام يحدد مجال
اختصاص كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية في هذا الشأن ،
فان تقدير ما اذا كانت أهمية المرفق في كل حالة على حدة تستوجب
اشتراك السلطة التشريعية في منح التزام استقلاله من عدمه يكون
متروكا لكل وزير فيما يخصه . فالمرافق العامة وموارد الثروة
الطبيعية التى يرى الوزير أنها لا تبلغ هذا القدر من الأهمية يكون
منح التزام استقلالها من سلطته ، وذلك اتباعا للأصل العام الذى
يقضى بأن كل وزير يختص بإدارة شئون وزارته . وغنى عن البيان
أنه اذا وجد تشريع خاص ينظم كيفية استقلال مرفق عام أو مورد
معين من موارد الثروة الطبيعية ، فانه يجب التزام أحكامه ، مادامت
متماشية مع المبادئ الدستورية المتقدمة الذكر . مثال ذلك القانون
رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٠ الخاص بالنقل العام لركاب السيارات ٠٠٠
وكذلك القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ الخاص بالمتنجم والمهاجر ٠٠٠
وتطبيقا لما تقدم فان التزام صيد الأسماك والمحار من بحيرتى
البردويل والزرانيق له من الأهمية ما تستوجب الرجوع الى مجلس
الوزراء كسلطة تشريعية لاستصدار قانون بالاذن فى منحه ، وذلك
رغم ما ورد فى المادة العاشرة من المرسوم بقانون الصادر فى ٢١
أبريل سنة ١٩٢٦ من إعطائه الوزير سلطة منح التزام الصيد فى

بحيرة البردويل وفي أي منطقة من أي بحيرة أخرى ، لما هو ظاهر من تمارض هذا الحكم الأخير مع الأصل الدستوري السابق الإشارة اليه (١) .

ثانيا - بعض العقود التي يجب موافقة جهة إدارية قبل إبرامها :

وهذه العقود كثيرة ومبثثة ، ويرجع فيها الى كل قانون على حدة . على أن أبرز مظاهرها يتجلى في علاقة الإدارة المركزية ، بالهيئات اللامركزية التي تخضع لوصايتها . ولما كانت اللامركزية الإدارية لها صورتان ، هما اللامركزية الإقليمية واللامركزية المصلحة ، فاننا نكتفي بالنصوص الواردة في هذا الخصوص :

أولا : اللامركزية الإقليمية (الإدارة المحلية) (٢) : ويعكمها الآن القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ (المعدل) وأبرز صور الوصاية نظمها المشرع على النحو التالي :

أولا : رئيس مجلس الوزراء ومجلس الوزراء : وقد نصت المادة ٤٤ من القانون معدلة ، في فقرتها الثانية على أنه « مع عدم الإخلال بأحكام القوانين الخاصة بتمليك الأجانب للمقارنات ، يجوز للمجلس - بعد وافقة رئيس مجلس الوزراء - التصرف بالمجان أو

(١) الفتوى رقم ٤٤٩ في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٤ ، مجموعة فتاوى المجلس ، السنة الثامنة والنصف الأول من التاسعة ص ٧ .

وراجع مع ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٦ ، وقد انتهى الى عكس قسم الرأي بخصوص المرسوم بقانون الصادر في ١٩٢٦/٤/٢١ ، وقد أوردناه في مكان سابق من هذا المؤلف - والخلاف بين المجهتين مرجعه الى مدى أهمية صيد الاسفنج في تلك المناطق - ونحن أميل الى الرأي الذي قال به قسم لرأي .

(٢) استعمل الدستور الاصطلاح السليم وهو الإدارة المحلية . ولكن ابتداء من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٧١ الصادر بعد الدستور مباشرة والقوانين التي تلتها ونمى بها القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٥ والقانون الحالي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ (المعدل) استعمل اصطلاح الحكم المحلي ، وهو أمر غير مفهوم ، ويجائى اعتبار الدستور القانون الأعلى الذي يجب أن يتقيد به المشرع خصوصا وأن اصطلاح الدستور هو الأدق كما ذكرنا - في التفاصيل « مبادئ القانون الإداري » طبعة سنة ١٩٧٣ وما بعدها .

التأجير بإيجار اسمى أو أقل من أجر المثل لأحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو لجهة أجنبية فى حدود خمسين ألف جنيه فى السنة المالية الواحدة لغرض ذى نفع عام ٠٠٠ ويجب موافقة مجلس الوزراء فيما يجاوز ذلك . وفى الأحوال التى يكون فيها التصرف أو التأجير وفقا لأحكام هذه المادة لأحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو لجهة أجنبية يجب الا تزيد مدة الايجار على ثلاثين سنة ، يجوز تجديدها بقرار من مجلس الوزراء ، كما يجب بقاء الأموال موضوع التصرف أو التأجير مخصصة للغرض الذى تم التصرف أو التأجير من أجله . فإذا زال هذا الغرض لأى سبب أو اذا أخل المتصرف اليه أو المستأجر اعتبر التصرف أو عقد الايجار مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى أو اعدار ، وفى هذه الحالة تسترد المحافظة الأموال موضوع التصرف أو التأجير بالطريق الإدارى . »

كما تنص الفقرة ٤ من المادة ٤٢ (معدلة) من ذات القانون على أنه « لا يجوز التصرف بالمجان فى مال من أموال المركز أو تأجيره بإيجار اسمى أو أقل من أجر المثل ، فيما يجاوز خمسين ألف جنيه فى السنة المالية الواحدة الا بموافقة مجلس الوزراء » .

وأخيرا فإن المادة ٥٠ (معدلة) من القانون المشار اليه تنص على أنه لا يجوز للمجلس الشعبى المحلى للمدينة أن يتصرف بالمجان أو التأجير بإيجار اسمى أو بأقل من أجر المثل لأحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو لجهة أجنبية الا لغرض ذى نفع عام الا بموافقة رئيس مجلس الوزراء اذا زادت قيمة التبرع عن عشرين ألف جنيه فى السنة المالية الواحدة ولم تجاوز خمسين ألف جنيه . فاذا جاوز التبرع هذا الحد وجبت موافقة مجلس الوزراء .

ثانيا - الوزير المختص بالإدارة المحلية : ووفقا للمادة ٥٠ السابقة لا يجوز للمجلس الشعبى المحلى للمدينة التصرف بالمجان أو

التأجير بإيجار اسمى أو بأقل من أجر المثل لأحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو لجهة أجنبية الا لغرض ذى نفع عام، وبموافقة الوزير المختص بالادارة المحلية اذا كان ذلك فى حدود عشرين ألف جنيه فى السنة المالية الواحدة .

ثالثا - وأحيانا يتعين موافقة المحافظة ، كما ورد فى المادة ٥٠ السابقة والتي تنص فى فقرتها الأولى على أنه « يجوز للمجلس الشعبى المحلى للمدينة - بعد موافقة المحافظة - التصرف بالمجان فى مال من أموال المدينة الثابتة أو المنقولة أو تأجيره بإيجار اسمى أو بأقل من أجر المثل بقصد تحقيق غرض ذى نفع عام وذلك اذا كان التصرف لاحدى الوزارات أو المصالح الحكومية أو الهيئات العامة أو شركات القطاع العام أو الجمعيات والمؤسسات الخاصة ذات النفع العام » .

رابعا - بل ان المشرع قد استحدث فى نظام الادارة المحلية الجديد ، وصاية من قبل مجلس الشعب (البرلمان) على المجالس الشعبية المحلية ، حيث نصت المادة ١٢٩ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ على أنه «لايجوز لوحدات الادارة المحلية، إبرام أى قرض أو الارتباط بأى مشروع غير وارد فى الخطة أو الموازنة اذا كان يترتب عليه انفاق مبالغ فى فترة مقبلة الا بعد موافقة مجلس الشعب » .

ثانيا : اللامركزية المصلحية : ولها صورتان :

١ - الهيئات العامة : وقد ورد نصان ينصونهما فى القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ على النحو التالى :

(مادة ٥) « للوزير المختص سلطة التوجيه والاشراف والرقابة على الهيئات التابعة له » .

مادة ١١ : « تبلغ قرارات مجلس ادارة الهيئة الى الوزير المختص (م - ٢٢ المقود الادارية)

لاعتمادها ، وعلى الوزير أن يقدم الى رئيس الجمهورية المسائل التي تستلزم صدور قرار منه فيها .

أما تفاصيل الرقابة على كل هيئة عامة على حدة ، فقد أحال المشرع بخصوصها الى القرار الجمهوري الصادر بإنشائها .

٢ - المؤسسات العامة : وقد ألغيت المؤسسات العامة سنة ١٩٧٥ فلم يبق من صور اللامركزية المصلحية الا صورة واحدة وهي الهيئات العامة .

الفرع الثالث

ضرورة صدور قرار من المجالس الادارية قبل التعاقد

١ - تتمتع الهيئات الادارية اللامركزية بالشخصية المعنوية ، ويمثلها عادة هيئتان : مجلس منتخب أو معين أو يجمع بين الصفتين ، وعضو للتنفيذ . فبالنسبة للامركزية الاقليمية (الادارة المحلية) نجد أن المشرع قد أورد الاختصاصات على أنها اختصاصات المجالس . فالمواد من ١٢ الى ١٨ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ (المعدل) قد حددت اختصاصات المجالس الشعبية المحلية للمحافظات . والمادتان ٤١ و ٤٢ (معدلة) من ذات القانون قد أوردت اختصاصات المجالس الشعبية المحلية للمراكز ، والمادتان ٤٩ و ٥٠ (معدلة) قد ذكرت اختصاصات المجالس الشعبية المحلية للمدن ، وهي تنطبق على الأحياء في حالة تقسيم المدينة الى أحياء مثل القاهرة والاسكندرية . وأخيرا فإن المادة ٦٨ من القانون عينه قد ذكرت اختصاصات المجالس الشعبية المحلية للقرى . أما في خصوص تمثيل الوحدات الاقليمية ، فإن المشرع في القانونين رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٩ (المعدل) قد سلك سبيل التمثيل المزدوج : فالفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من القانون الأخير تنص على أن « يمثل المجلس الشعبي المحلي رئيسه أمام القضاء وفي مواجهة الغير » كما أن المادة الرابعة منه تقضي بأن « يمثل المحافظة محافظها ، كما يمثل كل وحدة من وحدات

الإدارة المحلية الأخرى رئيسها ، ولا شك أن هذا التمثيل المزدوج لابد وأن يثير كثيرا من المشاكل في التطبيق ، ولا مخرج من هذا كله إلا أن يخطو المشرع الخطوة المتبقية والتي طالبنا بها مرارا وهي أن ينتخب المجلس المحلي رئيسه من بين أعضائه ، وأن يكون هذا الرئيس هو الرئيس المحلي للوحدة الإدارية المحلية ، فيزول هذا الازدواج بما يترتب عليه من نتائج .

وبالنسبة الى اللامركزية المصلحية ، سبلك المشرع ذات الاتجاه : فكل من الهيئات العامة يتولى ادارتها جهتان :

مجلس الادارة : وهو السلطة العليا المهيمنة على شئون الهياة وتصريف أمورها ، واقتراح السياسة العامة التي تسير عليها . كما أن له أن يتخذ ما يراه لازما من القرارات لتحقيق الغرض الذي قامت من أجله وفقا لأحكام القانون وفي الحدود التي يبينها قرار رئيس الجمهورية الصادر بإنشاء الهيئة (المادة ٧ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣) .

رئيس مجلس الادارة : اذا كان مجلس الادارة هو سلطة التقرير (أى اتخاذ القرارات) فان رئيس مجلس الادارة هو سلطة التنفيذ ، فهو الذي يتولى ادارة الهيئة ، ويصرف شئونها وفقا للأحكام التي تضمنها قرار رئيس الجمهورية الصادر بإنشائها ، وتحت رقابة واشراف الجهة الإدارية المختصة . وهو الذي يمثلها في صلاتها بالهيئات وبالأشخاص الأخرى أمام القضاء ، كما أنه المسئول عن تنفيذ السياسة العامة الموضوعة لتحقيق أغراض الهيئة العامة .

٢ - وواضح من العرض السابق أنه في حالة إبرام هيئة إدارية لعقد من العقود ، فإن العقد يمر بمرحلتين : الأولى مرحلة إصدار قرار من المجلس باعتباره العضو المختص باتخاذ هذه الخطوة «L'organe délibérant» والثانية تنحصر في توقيع رئيس المجلس للعقد ، باعتباره العضو المنفذ لرغبة المجلس «L'organe d'exécution» .

وهذا الازدواج يثير كثيرا من المسائل التي كشف عنها العمل أمام مجلس الدولة الفرنسي مما يستدعى دراستها بشيء من التفصيل .

٣ - ومن الواضح أن قرار المجلس بالتعاقد^(١) ، هو شرط جوهري لوجود العقد وسلامته . وأن هذا القرار ، هو على خلاف القرارات التي رأيناها في الصورة السابقة (التصريح بالتعاقد) ملزم لعضو التنفيذ بحيث يتعين عليه إبرام العقد ، بعكس القرارات الإدارية التي قد تصدر في الصورة السابقة . فالمسلم به أن تلك القرارات غير ملزمة ، ومن ثم تحتفظ الجهة الإدارية بالتعاقد بحريتها كاملة في إبرام العقد برغم صدور قرار الموافقة على التعاقد من الجهة التي تتعين موافقتها .

ويجب من ناحية أخرى لإبرام العقد في هذه الصورة أن يصدر قرار خاص بالتعاقد^(٢) . فلا يكفي وجود الاعتمادات المالية في ميزانية الهيئة ليتمكن عضو التنفيذ من إبرام العقود التي خصصت لها تلك الاعتمادات^(٣) . فإذا ما تعاقد عضو التنفيذ بدون قرار سابق من المجلس ، فإن عمله يندو مجردا من كل قيمة «Sans effet»^(٤) ، ويظل كذلك حتى لو اعتمدته جهة الوصاية^(٥) .

ويكون موقف الأفراد من هذه العقود ، كموقفهم من العقود التي تبرم بدون التصريح السابق كما رأينا .

٤ - والمسلم به من ناحية أخرى، أن على المجالس المختصة أن تصدر قراراتها بنفسها ، فلا تستطيع أن تفوض في اختصاصها المتعلق

«La délibération décidant de la conclusion du contrat».

(١)

«Une délibération spéciale».

(٢)

(٣) حكم المجلس الصادر في ٨ أبريل سنة ١٩١١ في قضية «Cne. de Ouz-Suzon» مجموعة سيدي ، سنة ١٩١٣ ، القسم الثالث ، ص ٨ ، مع تقرير

«Pichard» (٤)

المفوض حكم المجلس في ٧ فبراير سنة ١٨٩٠ في قضية «Grellier» المجموعة ص ١٣٨ وفي ١١ مارس سنة ١٩٢٧ في قضية «Bareau» المجموعة ص ٣٢٤ .

(٥) حكم المجلس في ١٢ يناير سنة ١٨٧٤ في قضية «Bellegarde» دالوز سنة ١٨٧٤ ، القسم الأول ، ص ١٦١ .

بالتعاقد الا اذا سمح لها المشرع بذلك صراحة^(١) . وليس هذا الا مجرد تطبيق للقواعد العامة المقررة لمزاولة الاختصاصات الادارية^(٢) .

ولا يملك عضو والتنفيذ (رئيس المجلس) أن يوقع العقد المراد ابرامه الا بعد الحصول على الاذن أو موافقة جهة الوصاية اذا كان العقد من العقود التي يشترط لابرامها اتمام هذا الاجراء كما رأينا في الفرع السابق .

٥ - ومجرد صدور القرار من المجلس بالتعاقد ، وحتى تصديق جهة الوصاية عليه ، لا يؤدي الى قيام الرابطة التعاقدية ، فالمسلم به أن تلك الرابطة لا تتم الا بعد أن يتولى عضو التنفيذ توقيع العقد نيابة عن المجلس^(٣) . ويترتب على ذلك نتيجة هامة ، وهي أن المجلس يستطيع أن يسحب قراره الصادر بالتعاقد حتى اللحظة التي يوقع فيها الرئيس على العقد^(٤) .

ومن ناحية ثانية ، فانه يصدر قرار المجلس بالتعاقد ، يصبح عضو التنفيذ ملزما باتخاذ الاجراءات اللازمة لاتمام الرابطة التعاقدية . فاذا نكل عن اتخاذ هذه الخطوة أو تقاعس ، فما هو الجزاء ؟ تستطيع جهة الرقابة الادارية أن تتدخل ، وأن تستعمل سلطاتها لاجباره على تنفيذ قرار المجلس ، وتملك أن تحل محله في اتخاذ هذه الخطوات اذا كان المشرع يخولها تلك السلطة .

ولكن الفرد الذي صدر قرار المجلس لصالحه لا يستطيع - وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي - اجبار سلطة التنفيذ على ابرام

(١) حكم المجلس الصادر في ٢٠ مارس سنة ١٩٣٦ في قضية «Loots» المجموعة من ٣٥٦ .

(٢) في التفاصيل راجع مؤلفنا « النظرية العامة للمقرارات الادارية » المرجع السابق .

(٣) حكم المجلس الصادر في ٢٢ يناير سنة ١٩٢٠ في قضية «Vuitton» المجموعة من ٨١ .

(٤) حكمه الصادر في أول يونية سنة ١٨٨٣ في قضية «Fabrique de l'Eglise St. Etienne de Marano» دالوز سنة ١٨٨٥ ، القسم الثالث من ٥ .

العقد عن طريق القضاء ، ذلك أن المسلم به وفقا للتقليد الفرنسي الذي تأخذ به في مصر ، أن القضاء الإداري لا يستطيع أن يصدر أمرا محددا لجهة الإدارة بعمل شيء معين^(١) . ولكن الفرد يستطيع هنا - كما في الحالة السابقة - المطالبة بالتمويضات على أساس الخطأ أو الاثراء بلا سبب بحسب الأحوال^(٢) .

٦ - وقرار المجلس ليس ملزما لعضو التنفيذ بالتعاقد بصفة عامة فحسب ، بل أن عضو التنفيذ ملزم أيضا بأن يحترم كافة الشروط والأوضاع المحددة في قرار المجلس . ومن ثم فإنه لا يستطيع أن يعدل في الشروط التي يقررها المجلس بالخذف أو الزيادة . ولكن المجلس هنا ، يملك أن يفوض عضو التنفيذ في الاتفاق على بعض المسائل التفصيلية قبل إبرام العقد^(٣) .

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٤ في قضية «Pithois» منشور في : (Actual. jur. 1954. II, 492) .
وقد جاء في الحكم :

«Sur les conclusions tendant à l'exécution du marché, il n'appartient pas au juge administratif d'adresser des injonctions aux autorités administratives».

(٢) حكم المجلس الصادر في ٨ أبريل سنة ١٩١١ في قضية «Cne. de Dusso-Sues» مجموعة سري سنة ١٩١٣ ، القسم الثالث ، ص ٤٩ وفي ١٩ يناير سنة ١٩٣٩ في قضية : «Sté. La céramique française» المجموعة ص ٥١ .

(٣) حكم المجلس الصادر في ٥ يونيو سنة ١٩٠٤ في قضية «Delmas» المجموعة ص ٦٣٢ .

الفصل الرابع

الاستشارات السابقة

١ - كثيرا ما يفرض المشرع على جهة الادارة المتعاقدة أن تستشير جهة معينة قبل إبرام العقد . والمشرع يضع نصب عينيه اعتبارات متعددة حين يفرض هذا الالتزام على جهة الادارة المتعاقدة ، لتحقيق اعتبارات فنية ، أو لتلاقي المخاطر القانونية ، أو لتمكين جهة الوصاية من ممارسة رقابة سابقة على التصرف ... الخ .

٢ - وبالرجوع الى التشريعات المصرية في هذا الصدد ، نجد أن المشرع قد فرض استشارات متعددة على الادارة ، منها ما يتناول جميع الجهات الحكومية بلا استثناء ، ومنها ما يقتصر على جهة ادارية بعينها :

ومن النوع الأول :

(١) نص المادة ٥٨ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ في شأن تنظيم مجلس الدولة والتي تقضى بأنه « ... لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار معكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة الاف جنية بغير استفتاء الادارة المختصة » . وهذا النص لم تستحدثه قوانين مجلس الدولة في صياغاتها المختلفة ، ولكنه كان موجودا في القانون رقم ١ لسنة ١٩٢٣ الصادر بنظام « لجنة قضايا الحكومة » ثم ورد بعد ذلك في جميع القوانين الخاصة بمجلس الدولة المصري^(١) .

(١) بل أن هذا النص وجد حتى قبل صدور القانون رقم ١ لسنة ١٩٢٣ ، وقد أدخله المشرع ، وجعل الاستشارة الزامية على أثر قضية مشهورة لجأت فيها إحدى المصالح الى تحكيم لمح الحكومة منه ضرر كبير ، وذلك دون استشارة ادارة القضايا . راجع مقال الدكتور عبد الحميد بدوي عن تحول لجنة قضايا الحكومة الى مجلس الدولة ، مجلة مجلس الدولة ، السنة الاولى ص ٢٥ وما بعدها .

(ب) وقد أعادت حكم المادة السابقة ، المادة ٣٥ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ (المضافة للمادة العاشرة من القانون رقم ٢٢٦ لسنة ١٩٥٤ الملغى) والتي تقول : « لا يجوز إبرام عقد تزيد قيمته على خمسة آلاف جنيه دون أخذ رأى الجهة المختصة بمجلس الدولة ، الا اذا أبرم العقد على أساس شروط أخذ فيها رأى الجهة المذكورة أو أبرم على أساس شروط سبق أن أبرم على أساسها عقد مماثل ، اذا كانت هذه الشروط فى الحالتين لم يحصل فيها أى تغيير » .

كما تنص المادة ٩ من اللائحة الجديدة على أنه « لا يجوز اضافة أو حذف أو تعديل أى شرط أو مادة فى الاشتراطات العامة أو الخاصة التى يتعين اقرارها من الجهات المختصة بمراجعة العقود بمجلس الدولة الا بعد الرجوع اليها وموافقتها » .

ومن النوع الثانى على سبيل المثال أيضا :

ما نصت عليه المادة ١٣ معدلة من قانون الادارة المحلية الجديد (رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ المعدل) من تحويل المجلس الشعبى المحلى للمحافظة ، بالنسبة للمجالس الشعبية المحلية الأخرى فى نطاق المحافظة : أ - الاشراف والرقابة على أعمال ونشاط هذه المجالس ، ب - التصديق أو الاعتراض على القرارات التى تصدر من هذه المجالس فى الحدود التى تقرها اللائحة التنفيذية . . . » .

وقد ورد تفصيل هذا الحكم فى المادة ٤٧ من اللائحة التنفيذية للقانون المشار اليه حيث فصلت الحكم العام السابق بقولها : « للمجلس الشعبى المحلى للمحافظة بالنسبة للمجالس الشعبية المحلية الأخرى فى نطاق المحافظة ، وللمجلس المحلى للمركز بالنسبة للمجالس الشعبية المحلية للمدن والقرى الواقعة فى دائرته ، وللمجلس الشعبى المحلى للمدينة بالنسبة للمجالس الشعبية المحلية للاحياء ، التصديق أو الاعتراض على القرارات الصادرة من تلك المجالس فى المجالات الآتية :

- تحديد واقرار خطة المشاركة الشعبية بالجهود والامكانيات الذاتية فى المشروعات المحلية .

- تحديد واقرار القواعد العامة لادارة واستخدام ممتلكات الوحدة والتصرف فيها .

- قواعد تنظيم تعامل أجهزة الوحدة المختصة مع الجماهير .
- قواعد تنظيم المرافق العامة اقتصاديا واجتماعيا وعمرانيا .
- اقتراح خطة تنمية القرية اقتصاديا واجتماعية وعمرانيا .
- اقتراح مشروع الخطة والموازنة .

ويجب على المجلس الشعبى المحلى المختص ابلاغ قراراته فى المجالات المشار اليها الى المجلس الأعلى (للادارة المحلية) خلال سبعة أيام من تاريخ صدورها ، ويتم التصديق أو الاعتراض على القرارات المشار اليها فى مدى خمسة عشر يوما من تاريخ الاخطار ويجب أن يكون القرار مسببا ، وأن يخطر به رئيس المجلس المحلى الذى أصدر القرار المعترض عليه ، وفى هذه الحالة يوقف القرار » .

٣- والقاعدة العامة فى الاستشارات أنها على نوعين من حيث قوتها :

(١) فهى اما أن تكون غير ملزمة . وهذا هو الأصل فى كل حالة لا ينص فيها المشرع على غير ذلك^(١) . ولكن عدم الالتزام بالاستشارة موضوعيا شئ ، وضرورة الحصول على رأى شئ آخر . فإذا فرض المشرع على جهة الادارة المتماقدة الاستشارة قبل التعاقد فأنها تفقد

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ فى قضية «Chambre de commerce de Tamaris» منشور فى مجموعة دالوز سنة ١٩٣٧ ، القسم الثالث من ٢٥ مع مذكرة «Blacret» وقد جاء فيه :

Aucune disposition législative ou réglementaire n'imposait au gouverneur général l'obligation de se conformer audit avis.

ملزمة باستيفاء هذا الاجراء والا كان القرار الصادر منها باطلا (١) .
(ب) أما اذا جعل المشرع موضوع الاستشارة ملزما للادارة ،
بحيث لا تستطيع أن تخالفه ، فإن هذا الاجراء لا يمكن اعتباره من
قبيل الاستشارة ، بل يأخذ حكم التصريح بالتعاقد الذى درسناه
فيما سلف . ولهذا أدرجنا النصوص الخاصة به فى ذلك الموضع .
ولقد علمنا أن مخالفة الادارة لهذا الالتزام لا تؤدى الى بطلان التعاقد
فحسب ، بل تؤدى الى انعدامه .

المبحث الثانى

عملية التعاقد فى ذاتها

وهذه هى أهم مرحلة فى عملية التعاقد ، فجميع الاجراءات التى
درسناها فيما سبق سواء تعلقت بالمناقصة أو المزايدة أو الممارسة
أو الاستشارات . . الخ انما هى اجراءات تمهيدية ، وتتم فى الغالب
بطريق قرارات ادارية . أما العلاقة التعاقدية بمناها الحقيقى ،
فلا تبدأ الا فى هذه المرحلة . وندرسها وفقا للترتيب التالى :

١ - الاختصاص بالتعاقد .

٢ - آثار كل من ابرام العقد والتخلف عن ابرامه .

الفرع الأول

الاختصاص بالتعاقد

١ - لا يملك ابرام العقود باسم الادارة الا اشخاص محددين
يعينهم المشرع . والأصل - وفقا للقاعدة العامة - أن يمارس
هؤلاء الأشخاص اختصاصاتهم بأنفسهم ، بحيث لا يجوز أن يحل
غيرهم محلهم فى ممارسة هذا الاختصاص ، كما لا يجوز لهم

(١) ولقد درسنا فى موضوع الاختصاص المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية
مضى أثر بطلان قرارات الادارة على سلامة العقد موضوعيا ، فراجع إليها فى الباب
الآخر من القسم الأول من هذا المؤلف .

تفويض غيرهم في ممارسته الا في الحدود وبالقيد التي يضمها
المشرع . وكل هذا مجرد تطبيق للقواعد العامة .

والملاحظ أن عقود الهيئات اللامركزية المتمتعة بالشخصية
المعنوية ، يبرمها رؤساؤها الذين يملكون التصديق باسمها . أما
عقود الوزارات والمصالح التابعة للإدارة المركزية فيحدد المشرع في
كل حالة على حدة من يملك توقيعها .

٧ - وبالرجوع الى لائحة المناقصات والمزايدات نجد أنها قد
حددت السلطات الآتية لإبرام عقود الإدارة :

أولا : العقود التي تتم عن طريق المناقصات العامة :

١ - المناقصات التي تقل قيمتها عن خمسة آلاف جنية ، يتم
اعتماد القرارات المتعلقة بتوصيات لجننتها « من السلطة المصدرة لقرار
التشكيل » (مادة ٣٢ من اللائحة الجديدة) :

٢ - بالنسبة للمناقصات التي تزيد عن القيمة السابقة ، ترفع
لجنة البت توصياتها موقعة من جميع أعضائها ومن رئيسها للاعتماد
من السلطات الآتية :

أ - رئيس المصلحة اذا كانت قيمة المناقصة لا تزيد على خمسين
الف جنية .

ب - رئيس الإدارة المركزية المختص ، اذا لم تزيد القيمة على
مائتي ألف جنية .

ج - الوزير المختص أو من يمارس سلطاته فيما يزيد على ذلك
(مادة ٣١ من اللائحة الجديدة) .

ثانيا - العقود التي تتم عن طريق المناقصات المعلنوة : وتخضع
فيما يتعلق باعتمادها « لكافة القواعد والأحكام والاجراءات
والشروط المنصوص عنها بهذه اللائحة بالنسبة للمناقصات
العامة » . (مادة ٣٩ من اللائحة الجديدة) .

ثالثا - العقود التي تتم عن طريق المناقصات المحلية : يكون اعتماد توصياتها من السلطات الآتية :

- ١ - رئيس المصلحة المختص لفاية عشرين ألف جنيه .
 - ٢ - رئيس الادارة المركزية المختص لفاية أربعين ألف جنيه .
- رابعا - العقود التي تتم عن طريق الممارسة : يكون اعتماد توصيات لجانها من :

- ١ - رئيس المصلحة المختص لفاية عشرين ألف جنيه .
 - ٢ - رئيس الادارة المركزية المختص لفاية خمسين ألف جنيه .
 - ٣ - الوزير المختص أو من يمارس سلطاته فيما يزيد على ذلك .
- (مادة ٤٨ من اللائحة الجديدة) .

خامسا - الاتفاق المباشر : يكون اعتماد نتيجة التعاقد بهذا الطريق من :

- ١ - رئيس المصلحة المختص لفاية ألف جنيه بالنسبة للمشتريات العادية والخدمات ومقاولات النقل ، وألفي جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال وأربعة آلاف جنيه بالنسبة لشراء أصناف محتكرة من شركات فى الخارج ليس لها وكلاء فى مصر .
- ٢ - رئيس الادارة المركزية فيما يزيد على ذلك . (مادة ٥٠ من ذات اللائحة) .

سادسا - تعتمد قرارات وتوصيات لجنة البيع أو التأجير فى المزايدات العلنية العامة من ذات سلطات الاعتماد المنصوص عليها فى لائحة المناقصات والمزايدات بالنسبة للمناقصات العامة . (مادة ١١٠ من ذات اللائحة) .

سابعا - تعتمد نتيجة المزايدة المحلية من رئيس المصلحة لفاية عشرين ألف جنيه ، ومن رئيس الادارة المركزية لفاية أربعين ألف جنيه . (مادة ١١٣ من ذات اللائحة)

ثامنا - التصرف بالبيع أو التأجير بطريق الممارسة « تسرى بشأنه ذات القواعد والاجراءات والسلطات التي تنظم الشراء بطريق الممارسة » (مادة ١١٦ من ذات اللائحة) .

٣ - وما ورد في النصوص السابقة لا يستغرق الأحكام المقررة في هذا الصدد ، بل يرجع الى النصوص المطبقة في خارج الحالات التي أوردتها لائحة المناقصات والمزايدات السابقة ، لاسيما فيما يتعلق بالمجالس المحلية بمستوياتها المختلفة .

٤ - ويترتب على مخالفة قواعد الاختصاص في مجال عقود الادارة عدم مشروعية العقد . ولكن ما مدى جسامه عدم المشروعية في هذه الحالة ؟

يذهب الفقيه جيز - وهو أول من درس موضوع العقود الادارية باحباب كما ذكرنا - الى أن توقيع العقد من السلطة الادارية غير المختصة بتوقيعه ، يجعله معدوما لا باطلا فحسب ، بل وطبق ذات الحكم على حالة التفويض بالتوقيع اذا جاوز المفوض اليه حدود التفويض (١) .

أما الفقيه دي لوبادير ، فيرى أن رأى جيز مغالى فيه ، وأن العقد لا يكون معدوما الا اذا لم يتم نهائيا من السلطة المختصة أو من غيرها . ولكن العقد الذي يوقعه موظف غير مختص بتوقيعه ، هو عقد باطل لا معدوم . ولكنه يسرع بتوكيد أن هذا البطلان هو بطلان مطلق ، لأن قواعد الاختصاص تتعلق بالنظام العام (٢) .

(١) جاء في مؤلفه عن العقود الادارية ، المرجع السابق ، الجزء الأول ص ٤٥

قوله :

«Quelle est la sanction juridique de l'irrégularité résultant du fait qu'un contrat n'a pas été conclu définitivement par l'agent public compétent ? Il y a non pas nullité, mais inexistence du contrat ... Il faut donner la même solution pour le cas où un contrat a été passé par un délégué du ministre au-delà l'autorité qui lui a été »

(٢) مؤلفه السابق ، الجزء الأول ص ١٧٣ وقد جاء فيه :

«En réalité, l'incompétence constitue ici, comme dans les autres domaines de l'activité administrative une cause de nullité; il s'agit du reste d'une nullité absolue les règles des compétence étant d'ordre public. Le contrat signé par un agent incompétent est donc nul de nullité absolue».

ولسنا ندرى الفارق بين الانعدام والبطلان المطلق فى هذا الصدد ، ما دام الفقه والقضاء يسلمان بأن البطلان فى هذه الحالة لا يمكن أن يصححه التقادم ، ولا الاقراز من جهة الادارة المختصة^(١) .

الفرع الثانى

آثار كل من ابرام العقد والتخلف عن ابرامه

لما كانت هذه المرحلة هى أخطر مراحل التعاقد ، فانه من الأهمية بمكان ان نحدد الآثار الرئيسية التى تترتب على كل من ابرام العقد والتخلف عن ابرامه .

١ - الآثار المترتبة على ابرام العقد

١ - لا أهمية من ناحية ابرام العقد ، للمراحل التمهيدية التى تسبق ابرامه بواسطة جهة الادارة المختصة بتوقيع العقد الادارى . ومعظم العقود الادارية يسبق ابرامها مقدمات ومراحل تمهيدية^(٢) . والمسلم به فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى أن هذه المقدمات ، والتى قد تصل الى حد القبول التمهيدى من بعض الموظفين الصغار . لا يمكن أن يترتب عليها التزامات تعاقدية^(٣) .

وهذا ما أعلنته محكمة القضاء الادارى المصرية فى شكل قاطع ومفصل حيث تقول فى حكمها الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ :
« أن التعبير عن ارادة جهة الادارة غالبا ما يتم فى شكل عملية مركبة

(١) رسالة الفتية بيكينيو ، المرجع السابق ص ٢١٠ وقد جاء فيها :

«Le vice, dont est ainsi infecté le contrat, ne peut être couvert ni par une courte prescription, ni par une confirmation expresse ou tacite».

Une phase préparatoire de pourparlers et négociations

(٢)

(٣) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٩ فبراير سنة ١٩٧٥ فى القضية
المجموعة ص ٩٩ . وقد جاء فيه :

«Le marché passé le 3 fev. 1915 n'a été à cette date accepté par le sous intendant que provisoirement et sous réserve de l'approbation ministérielle ; cette approbation est intervenue le 18 mars suivant ; ainsi ledit marché n'est devenu définitif et ne pouvait produire ses effets qu'à partir de cette dernière date».

متشابهة ، وقد تكون على مراحل متعددة في فترات متلاحقة على حسب الأحوال ، وعادة ما يسبق ذات التصرف الذي يتم بمقتضاه إبرام العقد الإداري طائفة من الاجراءات والتدابير التي تمهد وتهيئ لمولد ذلك التصرف الذي قد تعقبه طائفة أخرى من تدابير واجراءات التصديق والاعتقاد اللازم لإبرام العقد ، ويكون مكمل له مستهدفة أعمال أحكامه وتطبيق بنوده ، وطبيعى أن يكون إبرام العقد الإداري مسبقا في العمل بمرحلة تحضيرية تدور خلالها المباحثات والمفاوضات . وهذا التبادل لوجهات النظر بين الطرفين الراغبين في إبرام العقد لا يمكن أن يولد في حد ذاته رابطة تعاقدية ، بل وحتى عبارات القبول المؤقت التي تصدر من بعض الموظفين الإداريين ممن ليست لهم ولاية الإبرام ، ويكون قد نيط بهم اجراء تلك المفاوضات لا يمكن أن تنشأ عنها رابطة عقدية^(١) .

٢ - ويترتب على القاعدة السابقة أن التزامات الادارة العقدية لا تترتب الا ابتداء من تاريخ القرار الصادر بإبرام العقد ، كما ذكرنا أكثر من مرة .

أما الأفراد المتقدمون الى التعاقد ، فإنهم يتلزمون بمجرد تقديمهم الى التعاقد . غير أن موقفهم من هذا الإيجاب يختلف باختلاف طريقة التعاقد : فإذا تم التعاقد عن طريق مناقصة أو مزايعة عامة ، فإن المناقص يظل ملتزما بمطائه طول المدة المقررة للبت في المناقصة بحيث لا يستطيع أن يرجع في ذلك العطاء قبل أن تبدى الادارة رأيها^(٢) ، وذلك على خلاف القواعد المدنية المقررة في هذا الصدد .

أما بالنسبة الى طرق التعاقد الأخرى ، فإن الفرد يستطيع أن

(١) القضية رقم ١٩٦٥ لسنة ٨ قضائية ، وقد سبقت الإشارة الى الحكم .
(٢) هذا في فرنسا - أما في مصر فانه - وفقا للائحة المناقصات والمزايدات - وكما أوضحناها من قبل - يستطيع المتقدم الرجوع قبل موعد فتح المظاريف بشرط أن يخسر مقدم التأمين . وعلى هذا الحكم نصت المادة ٥٨ من اللائحة التنفيذية الجديدة حيث تقول : « إذا سحب مقدم العطاء عطاءه قبل الميعاد المعلن لفتح المظاريف ، فيصبح التأمين المؤقت المودع حقا للجهة دون حاجة الى ائذار أو الاجتياز الى القضاء أو اتخاذ أية اجراءات أو اقامة الدليل على حصول ضرر » .

يسحب عطائه في كل وقت قبل أن تقبله الإدارة، كما هو الشأن في عقد طلب تقديم المعاونة «l'offre de concours» فالمتقدم يطلب المعاونة مثلا يستطيع أن يسحب عرضه في كل وقت قبل أن تقبله الإدارة ، ويتم هذا السحب صراحة أو ضمنا^(١) . ومن قبيل السحب الضمني أن يتصرف الموجب في قطعة أرض كان قد تقدم بها للإدارة مساهمة منه في تنفيذ مشروع عام وذلك قبل أن تقبل الإدارة عرضه^(٢) .

٣- وإذا كان الموجب يلتزم في مواجهة الإدارة بعرضه ، فإن الرابطة العقدية لا تنشأ بينه وبين الإدارة الا بعلمه بقبول الإدارة هذا العرض ، وذلك قبل أن يسحب ايجابه إذا لم يكن الايجاب مقيدا بمدة ، وخلال المدة المحددة لتنفيذ عطاءه كما في حالة المناقصات العامة ، وعلى التفصيل الذي سبق أن ذكرناه . أو كما تقول محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٢٨ أبريل سنة ١٩٥٧ «... وبطبيعة الحال يجب إبلاغ القبول الى صاحب العطاء خلال المدة التي يكون ايجابه فيها قائما حسيما تحددها شروط المناقصة . فإذا وصل الأخطار بقبول العطاء بعد هذه المدة ، فانه لا ينتج أثره القانوني إذ يتحلل الموجب من ايجابه بفوات الميعاد المنصوص عليه . الا أنه يجوز له رغم ذلك قبول هذا القبول المتأخر وعندئذ ينعقد العقد^(٣)... » . وتؤكد المحكمة الإدارية العليا هذا المبدأ في قضائها باستمرار ، ومن ذلك - على سبيل المثال - حكمها الصادر في ١٩٧٣/١١/٢٤ (مجموعة المبادئ ، ص ١٨٤٩) وفيه تؤكد : « ومن حيث ان الأصل أن القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يتحقق

(١) راجع في التفاصيل مؤلف الفقيه «A. gervais» بعنوان :

«Les offres de concours» طبعة سنة ١٩٥٤ ص ٤٧ وما بعدها . وراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٧ يونيو سنة ١٨٨٤ في قضية «des cars» المجموعة ص ٥٤٢ .

(٢) حكم للمجلس الصادر في ٢١ فبراير سنة ١٨٦٧ في قضية «Laurens» المجموعة ص ١٨٧ .

(٣) القضية رقم ٥٣٥ لسنة ١٠ قضائية وقد سبق الإشارة إليها . وراجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٨ مارس سنة ١٩٦٩ بذات المعنى وقد سبق الإشارة إليه ، ص ١٤ ، ص ٤٣٧ .

وجوده القانوني الا اذا اتصل يعلم من وجه اليه ، وبالتالي لا يعتبر التعاقد تاما الا اذا علم الموجب بقبوله « . »

ولقد رأينا فيما سلف أن اللائحة الجديدة للمناقصات والمزايدات قد أخذت بوجهة نظر مغايرة اذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٥٨ منها على أنه « عند انقضاء مدة سريان العطاء ، يجوز لمقدمه استرداد التأمين المؤقت ، وفي هذه الحالة يصبح العطاء ملغيا وغير نافذ المفعول . فاذا لم يطلب ذلك اعتبر قابلا استمرار الارتباط بعطائه الى أن يصل لجهة الادارة اخطار منه بسحب التأمين المؤقت ، وعدوله عن عطائه . »

٤ - واذا كان الأصل أن مقدمات العقد التي تسبق عملية التوقيع من السلطة المختصة لا أثر لها ، فإن ذلك لا يعنى عدم احتواء القانون الادارى على فكرة « الوعد بالتعاقد » المعروفة في القانون الخاص « Les promesses on avant - contrats » وذلك أن الادارة - كما هو الشأن بالنسبة الى الأفراد - قد تدعوها الحاجة الى ابرام اتفاقيات بالتعاقد اذا توافرت ظروف معينة . وحينئذ ، يكون هذا الاتفاق عقدا مستقلا وملزما متى استوفى الشروط اللازمة لقيام العقد ولسلامته . ومن الأمثلة للوعد بالتعاقد من قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، أن تعهد الادارة الى أحد المهندسين بالقيام بدراسات معينة ، مع الالتزام بأن تعهد اليه مستقبلا بتنفيذ المشروع الذى تمد الدراسات من أجله . ومنها أيضا أن تؤجر الادارة عقارا لأحد الأفراد ، مع التعهد ببيعه له مستقبلا^(١) أو أن تقيم الادارة مسابقة بين الفنانين لاعداد مشروع معين مع التمهيد باختيار صاحب المشروع الفائز لتنفيذ مشروعه . . . الخ .

ووفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى ، يتعين أن يتوافر فى الوعد بالتعاقد الشروط الآتية حتى يفقد ملزما :

(١) راجع على سبيل المثال حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٤ فى قضية « Grey » منشور فى (R.P.D. A. 1955 no. 75) .
(م - ٢٤ المقود الادارية)

(١) يجب أن يكون ثمة التزام قاطع بالتعاقد «un engagement définitif» وليس مجرد مشاورات مبدئية «des simples pourparlers» (١) -

(ب) ألا يكون إبرام العقد النهائي قد علق على شروط لم تتحقق النحو الذى رأيناه فيما سلف •

(ج) يجب أن يكون الوعد بالتعاقد قد صدر من الجهة الادارية المختصة بإبرام العقد النهائي • وهذا ما يميز الوعد بالتعاقد عن الاتفاقات المبدئية التى تتم بين الأفراد وبين الموظفين الذين يمهّدون للتعاقد والتى لا يترتب عليها أى رابطة تعاقدية كما ذكرنا •

ولم نجد قضاءً لمجلس الدولة المصرى فى هذا الصدد ، وإن كانت المبادئ التى أقرها مجلس الدولة الفرنسى يمكن أن يستهدى بها فى مصر لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة فى هذا المجال •

٥ - ومن تاريخ توقيع السلطة المختصة على العقد ، يبدأ نفاذه ، ويرجع الى تاريخ هذا التوقيع للحكم على مدى سلامة العقد ، ومنه تبدأ المدد المحددة للطرف الآخر لتنفيذ التزاماته التعاقدية •

٢ - آثار التغلف عن إبرام العقد

١ - رأينا أن الادارة تملك سلطة تقديرية فى إبرام عقودها • فحتى لحظة التوقيع على العقد ، تستطيع أن تمتنع عن التوقيع اذا قدرت أن المصلحة العامة تقتضى ذلك • ومن ثم فلقد رأينا أن اختيار لجنة البت لأحد المناقصين ، لا يلزم الادارة بالتعاقد • وعدم التوقيع من السلطة المختصة يجعل الرابطة العقدية معدومة مهما سبقها من مقدمات ، ما لم يكن قد تم بين الادارة والمتقدم للتعاقد وعسد على عملاً (٢) •

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٤ مارس سنة ١٩٢٣ فى قضية «Bordas» المجموعة ص ٢٤٨ ، وفى ٢ فبراير سنة ١٩٤٠ فى قضية «Consorts Ducon» المجموعة ص ٤٢ وفى ٨ مارس سنة ١٩٥٠ ، فى قضية «Merlin» المجموعة ص ١٤٨ •
(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٣ يوليو سنة ١٩٢٢ فى قضية «Henry» المجموعة ص ٦٠٩ •

٢- وانعدام الرابطة التعاقدية لا يعنى حرمان الفرد من التعويض فى بعض الحالات . وقد ذكرنا فيما سبق أن المتعاقد يستطيع أن يرجع على الادارة بالتعويض عن الأضرار التى تلحقه من جراء نكول الادارة عن التعاقد على أحد أساسين :

(أ) اما على أساس الخطأ «cas de faute commise par l'administration» وذلك اذا ثبت أن امتناع الادارة عن التعاقد قد انطوى على خطأ . ومن الأمثلة على ذلك أمام القضاء الادارى الفرنسى أن يتعجل المدة «maire» فيأمر أحد الأفراد بالبدا فى تنفيذ عقد قبل أن يصدر المجلس البلدى قراره الخاص بالتعاقد^(١) . واذا كان الخطأ فى هذه الحالة هو خطأ مرجعه الى اهمال ، فانه قد يصطبغ بصيغة العمد فى بعض الحالات ، كما لو عملت جهة ادارية لا مركزية على التحلل من الرابطة التعاقدية عن طريق اليعاز الى جهة الوصاية بعدم موافقه على التعاقد . . . الخ فى كل هذه الحالات ترتكب الادارة خطأ قد يؤدى الى المسئولية . وكثيرا ما يلجأ مجلس الدولة الفرنسى الى تخفيف خطأ الادارة عن طريق تلمس أخطاء فى جانب الأفراد ، كما لو كان الامتناع عن التعاقد يرجع الى موقف المضرور ، أو كان المضرور قد تعجل فى تنفيذ العقد بصرف النظر عن خطأ الادارة فى عدم ابرامه .

(ب) واما على أساس الاثر بلا سبب «L'enrichissement sans cause» وذلك اذا بدأ المتعاقد فى تنفيذ عقده قبل أن توقعه الادارة ، فحينئذ يجرى مجلس الدولة الفرنسى على تعويض هذا المتعاقد بشرطين : الأول : أن تكون الأعمال التى نفذها المتعاقد قد عادت بفائدة حقيقية على الادارة «aprofit réel»^(٢) .

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٤ فى قضية «Verdier» المجموعة ص ٤٦٥ وفى ٢٩ مايو سنة ١٩٤٢ فى قضية «Blancard» المجموعة ص ١٧٩ . وصيغة تلك الأحكام تجرى كما يلى :

«Le maire a commis une faute de nature à engager la responsabilité de la commune en invitant le sieur X ... à effectuer certains travaux sans y être autorisé par le conseil municipal».

(٢) حكمه الصادر فى ١٠ مايو سنة ١٩٣٩ فى قضية «Cne, de Chassieu» المجموعة ص ٣١١ وفى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤١ فى قضية «Cne, d'Anjarague» المجموعة ص ٣١٦ .

الثاني : أن تكون الادارة قد قبلت تنفيذ تلك الأعمال ، على الأقل بطريقة ضمنية . فاذا كانت الادارة قد عارضت في تنفيذ تلك الأعمال ، أو أئذرت المتعاقد بأنه يتصرف على مسؤوليته لعدم اتمام العقد ، فان مجلس الدولة يرفض التمويض^(١) .

على أن الادارة كثيرا ما تواجه هذه الحالات في اتفاقات مبدئية بينها وبين المتقدم للمتعاقد ، وحينئذ تصفى العلاقة على أساس هذه الاتفاقات المبدئية .

المبحث الثالث

الشكل الكتابي في مجال العقود الادارية

١ - رأينا أن المشرع قد أخضع بعض عقود الادارة لاجراءات شكلية معينة ، اذا تمت بطريق المناقصات العامة . ولكن المسلم به أن عقود الادارة تخضع لقاعدة التحرر من الشكليات ، فما لم يشترط المشرع صراحة اجراء شكليا معينة في ابرام عقد معين ، فانه يكفي توافق ارادة الادارة و ارادة المتعاقد معها لقيام الرابطة التعاقدية .

٢ - ولقد كان ثمة رأى قديم في الفقه يعتمد على الشكليات لتمييز العقود الادارية عما عداها من عقود الادارة^(٢) . ولكن محكمة التنازع قضت على هذه الفكرة في أحكامها ، لاسيما حكمها الصادر في أول مايو سنة ١٩٢٦ في قضية «Templier»^(٣) .

(١) حكمه الصادر أول مارس سنة ١٩٢٨ في قضية «Bringer» المجموعة ص ٢٨٦ .

وفي حالة الموافقة الضمنية راجع حكم المجلس الصادر في ٢٤ يونية سنة ١٩٢٦ في قضية «Cne d'Hou» المجموعة ص ٥٧٧ .

(٢) من ذلك رأى الفقيه هوريو في تعليقه على حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية «Torres» مجموعة سيري سنة ١٩٠٣ القسم الأول ص ٢٥ والمفوض ليون بلون في بعض تقاريره .

(٣) مجموعة سيري سنة ١٩٢٨ القسم الثالث ص ١٣٠ مع تعليق لهوريو . وقد جاء في الحكم قولها :

«Cette circonstance de pure forme ne saurait donner auxdites commandes un caractère administratif» .

وراجع حكم التنازع الصادر في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ في قضية

«Cne. du Rasès» سيري سنة ١٩٣٤ القسم الثالث ص ٣٦ .

وهذا هو ما أكدته محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٢ يونيه سنة ١٩٥٧ والذي تقول فيه : « ٠٠٠ كما أن من العقود الإدارية ما يجب - من حيث الشكل - أن يكون مكتوبا حتى يتيسر تضمينه الشروط الاستثنائية التي تميزه عن عقود القانون الخاص . على أن مسألة شكل العقد الإداري كميّار يميزه عن العقود المدنية ، كانت مثار خلاف وجدل انتهى إلى الرأي فيه واستقر في الفقه والقضاء الفرنسي على أن اشتراط أن يكون العقد مكتوبا هو شرط متعلق بصحة العقد وليس خاصا بطبيعته ، وأنه إذا كانت العقود غير المكتوبة هي أصلا من عقود القانون الخاص ، إلا أن العقد الإداري قد يكون هو الآخر غير مكتوب ، وفي هذه الحالة تكون الشروط الاستثنائية الغير مألوفة مضمنة في قواعد تنظيمية أو تشريعية قائمة من الأصل ، ويخضع مباشرة لنصوصها العقد عند نشأته وبعد إبرامه ، وتسرى عليه هذه القواعد ، وهي التي تسبغ عليه أساسا - ومع توافر باقي الأركان - صفة العقد الإداري اعتبارا بأن الشروط الاستثنائية لا يجب حتما أن تكون شروطا رضائية يتفق عليها الطرفان المتعاقدان وقت إبرام العقد ، بل قد يفرضها عليهما القانون سلفا ويستلزم وجودها النظام الموضوع لإدارة المرفق العام ، وكيفية المساهمة فيه أو الاشتراك في إدارته وتسييره^(١) » .

كما أنها تؤكد في حكمها الصادر في ٤ يناير سنة ١٩٥٩ (السنتان ١٢ و ١٣ ص ١٦٠) أن المدعى عليه « بتقديمه إلى الحكومة للحصول منها على أذونات لتسلم الدقيق لصنع المكرونة ، يكون في الواقع قد قبل جميع ما نصت عليه القرارات الوزارية والأوامر الخاصة بصناعة هذا الصنف ٠٠٠ ويكون بذلك قد نشأ بينه وبينها عقد إداري غير مكتوب ، إذ لا يشترط في العقد الإداري أن يكون مكتوبا ٠٠٠ » .

والى العقد الإداري غير المكتوب أشارت المحكمة الإدارية العليا في

(١) القضية رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ قضائية ، وقد سبقت الإشارة إليها .

حكمها الصادر في ١٨ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ص ٩٥٣) حيث تقول : « ومن حيث ان المعقد غير المكتوب ، ولئن كان غير مألوف في المجال الادارى بسبب جنوح الادارة عادة الى اثبات روابطها التعاقدية بالكتابة ، الا أنه لازال يؤدي دورا مكملا لبعض أنواع العقود الادارية ، فقد تركز اليه مع بعض المتعاقدين اذا اتفقت معهم على تكميل أغراض التعاقد من ناحية من النواحي التي أنصب عليها . وهذا الأسلوب التعاقدى يخلق مشكلة التعرف على طبيعة هذا المعقد ... » (وهى المشكلة التي سبق أن عرضنا لها) .

٣- على أنه اذا لم يكن الشكل عاملا جوهريا فى تحديد طبيعة المعقد الادارى ، فانه مع ذلك - وكما أبرزه حكم محكمة القضاء الادارى السابق - يقوم بدور هام فى مجال العقود الادارية . ومن ثم فانه يحتاج الى شيء من الدراسة المفصلة . ولهذا فائنا ندرس هذا أولا : الحالات التي تشترط فيها الكتابة والحالات التي لا تشترط فيها الكتابة .

ثانيا : أنواع اوثائق المكتوبة فى العقود .
الموضوع على الترتيب التالى :

الفرع الأول

الحالات التي تشترط فيها الكتابة

١ - لما كان الأصل في عقود الإدارة هو إخضاعها لقاعدة الحرية
«La liberté contractuelle» سلم به أن الكتابة لا تلتزم إلا حيث يشترطها
المشرع صراحة^(١) . ولكن بالرغم من هذه القاعدة المسلم بها ، فإن
مجال الكتابة في العقود الإدارية متسع جدا ، بحيث يمكن اعتبار
القاعدة معكوسة من الناحية العملية ، وهو المعنى الذي أشارت إليه
المحكمة الإدارية العليا في حكمها السابق .

٢ - وبالرجوع الى لائحة المناقصات والمزايدات نجد أنها قد
وضعت قاعدة عامة بالنسبة الى العقود التي يتم إبرامها عن طريق
المناقصات العامة ، وذلك في المادة ٣٥ منها حيث تقول : « يجب أن
يحرر عقد عن توريد الأصناف أو تنفيذ الأعمال أو النقل
أو الخدمات المعلن عنها بمناقصات عامة ، متى بلغ مجموع ما رسا
توريده أو تنفيذه ألفي جنيه » . أما فيما يقل عن ذلك ، فيمكن
الاكتفاء بأخذ اقرار مكتوب شاملا كافة الضمانات اللازمة لتنفيذ
التعاقد مع تحصيل التأمين النهائي ٠٠٠ » هذا ولقد رأينا أن
المناقصة المحدودة تخضع كإصل عام للأحكام المقررة بالنسبة
للمناقصات العامة (مادة ٣٩ من اللائحة الجديدة) وكذلك الشأن
بالنسبة للمناقصة المحلية (مادة ٤٠ من اللائحة الجديدة) .

(١) راجع مؤلف دى لوبادير ، المرجع السابق ، الجزء الأول ص ٢٤٠ حيث
يقول :

«L'administration n'est tenue d'employer la forme écrite que lorsque la loi
impose cette forme».

وراجع رسالة الفقيه بيكنيو ، ص ١٨٧ وما بعدها .
ومع ذلك ذهب الدكتور توفيق شحاته في مؤلفه « مبادئ القانون الإداري »
الطبعة الأولى سنة ١٩٥٤ - ١٩٥٥ ص ٧٨٥ الى أن « الأصل في العقود
الإدارية أن تكون محررة سولم أبرمت عن طريق الممارسة أو المناقصة » . وهذه
خاصية أخرى من خواص إبرام العقود الإدارية » .

وهذا لا يعبر عن حقيقة الحال وفقا للنظرية الفرنسية في العقود الإدارية كما
رأينا .

٣ - أما فيما يتعلق بالتعاقد بطريق الممارسة ، فلقد رأينا فيما سلف أنها تخضع للشروط العامة فيما لم يرد فيه نص خاص بلائحة المناقصات والمزايدات (مادة ٤٩) .

٤ - وبخصوص التعاقد عن طريق الاتفاق المباشر ، لم تشترط المادة ٥٠ من اللائحة الجديدة الشكل الكتابي ، وإن كانت قد اشترطت أن يتم التعاقد عن هذا الطريق بمقتضى ترخيص من رئيس الادارة أو رئيس المصلحة المختص ، وأن « يبين فى المستندات الأسباب الملحة التى تقتضى اتباع طريق الاتفاق المباشر ، وأن يدون المسئول على مستندات الصرف اقرارا بأن الأصناف أو الأعمال مطابقة من حيث النوع والمواصفات ... » وهذه خطوات تقتضى الكتابة^(١) .

٥ - ثم ان المادة ٥٣ من اللائحة الجديدة قد تطلبت أن تقدم المطاءات موقعة من أصحابها على نموذج العطاء المختوم بخاتم جهة الادارة ، والمؤشر عليه برقم قسيمة تحصيل الثمن وتاريخها ، وعلى جدول الفئات . كما أن المادة ٥٤ من ذات اللائحة قد أوضحت الشروط التى يجب مراعاتها فى اعداد قائمة الأسعار (جدول الفئات) وكلها تقتضى اجراءات كتابية .

٦ - وأخيرا فإن المادة ١١١ من ذات اللائحة تنص على أنه فى حالة اجراء البيع بطريق المظاريف المغلقة ، تطبق اجراءات المناقصة العامة ، ومن بينها الاجراءات الكتابية بطبيعة الحال .

٧ - على أنه يجب أن يلاحظ أن حرية الادارة فى التحلل من الشكل الكتابي للمعقود تحتاج الى بعض الايضاح من النواحي الآتية :

(١) فى بعض الحالات التى لا يشترط فيها المشرع الشكل الكتابي صراحة ، قد تفرض هذه الشكلية طبيعة العقد . وأوضح الأمثلة على

(١) وامتنعده باقى المادة يقول « ويحرر العقد من ثلاث نسخ على الأقل تسلم نسخة منها لادارة المسابقات ومعها جميع المطاءات ، وصورة من كشف التبريق للراجعة عليها ، وتسلم نسخة للمتهمد ، وتحفظ النسخة الثالثة بالادارة المختصة بالتنفيذ ويجب أن يبين على كل صورة قيمة التأمين النهائى ونوعه وتاريخ توريده » .

ذلك عقد الامتياز ، فهو من العقود التي لا تخضع - كقاعدة عامة - للمزايدات أو المناقصات العامة ، ومع ذلك فانه من المسير تصور عقد امتياز دون وثيقة كتابية تحدد حقوق وواجبات الملتزم ، وكيفية تصفية الامتياز . الخ . ولهذا وجدنا أن مجلس الدولة الفرنسي قد استند الى عدم وجود عقد كتابي للقول بانعدام عقد الامتياز ، وأن ما تم بين الادارة والفرد لم يعد تبادل وجهات النظر^(١) .

(ب) أن خضوع الادارة لقواعد الروتين ، سيؤدي في معظم الحالات الى أن تتضمن خطوات التعاقد وثائق كتابية ، حتى ولو لم يفرغ العقد في النهاية في وثيقة مكتوبة . وقد يتم عن طريق تبادل مذكرات مكتوبة . ويستند القضاء أحيانا الى هذه الوثائق المتبادلة بين الادارة والأفراد للقول بقيام الرابطة التعاقدية حتى ولو كانت طبيعة العقد لا تستلزم الصورة الكتابية^(٢) .

(ج) تستطيع الادارة بطبيعة الحال أن تلجأ الى الطريق الكتابي مختارة ، ولا شك أنه الطريق الأسلم .

(د) وتحتل الادارة من الشكل الكتابي في بعض الحالات نتيجة لفكرة العقود الضمنية «Contrats tacites» كحالة امتداد عقد من عقود الادارة بعد نهايته^(٣) .

٨ - ويرتب القضاء الفرنسي على الشكل الكتابي للعقود الادارية نتائج بالغة الخطورة ، يهمننا منها في مصر ، أن العقد

(١) حكم الصادر في ١٦ يناير سنة ١٩٣١ في قضية «Bonnie» مجموعة سيري ، سنة ١٩٣١ ، القسم الثالث ص ٦٠ مع تعليق لستر وقد جاء في الحكم : «La commune de St. S. ne saurait se prévaloir d'une convention verbale pour soutenir que le Sieur B. était tenu d'assurer l'éclairage des voies publiques de la commune».

(٢) حكم المجلس الصادر في ١١ أبريل سنة ١٩٥١ في قضية «Ville de Marseille» المجموعة ص ٨٤٣ . وتعلق هذه الحالة بأن المجلس اعترف بقيام عقد الالتزام بين البلدية والملتزم استنادا الى تبادل مذكرات بين الطرفين تفيد توافق الارادتين :

«Accord intervenu par correspondance entre une commune et son concessionnaire des eaux».

(٣) «La continuation d'un contrat après son expiration par un accord tacite».

حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٥ يونيو سنة ١٩٥١ في قضية

«Société hydraulique Asie» المجموعة ص ٣٤٩ :

المكتوب يعتبر ثابت التاريخ ، ولا يمكن انكار ما يجيء به الا عن طريق الطعن بالتزوير^(١) .

ويترتب على مخالفة الشكل الكتابي فى عقود الادارة بطلان تلك العقود ، وهو ما اعلنته محكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الذى اوردناه بهذا الخصوص فيما سلف .

الفرع الثانى

انواع الوثائق المكتوبة فى عقود الادارة

١ - اذا تمت عقود الادارة عن طريق الكتابة فغالبا ما يحتوى العقد على عدة وثائق ، «pièces du marché» تحتوى فى مجموعها على شروطه ، وتعتبر فيما يتعلق بتنفيذه كالا لا يتجزأ . وأهم ما يعنينا فى هذا المقام من تلك الوثائق المكتوبة ، دفاتر الشروط «Les cahiers des charges» .

٢ - ودفاتر الشروط متنوعة على النحو التالى :

أولا - دفاتر الشروط والمواصفات العامة (للوزارة أو المصلحة) : «Les cahiers des clauses et conditions générales» (ويرمز اليها بالحروف «C.C.G.») وتحدد هذه الدفاتر الشروط التى تنطبق على جميع العقود التى تبرمها وزارة أو مصلحة معينة . ومثال ذلك دفاتر الشروط العامة والمواصفات المتعلقة بوزارة الحربية أو بمصلحة المباني ... الخ . وهذه الدفاتر تصدرها الوزارة أو المصلحة مقدما ، دون حاجة لاستشارة الأفراد ، وتصدر بقرار وزارى ، وتكمل عند اللزوم بمشورات تكميلية «instructions complémentaires» .

وقد كشف العمل فى فرنسا عن أن تعدد دفاتر الشروط التى تتناول عقودا بعينها ، واختلافها باختلاف الوزارات والمصالح ، قد

(١) «Ils ont date certaine et font foi jusqu'à inscription de faux».

وراجع مؤلف «P. Pactes» وموضوعه :

«Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative».

طبعة سنة ١٩٥٢ ص ١٥٧ .

يسبب أضرارا وارتباكات في العمل . ومن ثم فإن المشرع الفرنسي يتجه الآن الى توحيد دفاتر الشروط والمواصفات العامة التي تتناول عقدا بعينه بالنسبة الى جميع الوزارات والمصالح في الدولة^(١) .

وقد أثرت مناقشة حول الطبيعة القانونية للشروط الواردة في دفاتر الشروط والمواصفات العامة : ويتفق الرأي الراجح في القانون الادارى على التمييز بين عقد الامتياز ، وبين العقود الادارية الأخرى : أما بالنسبة الى عقد الامتياز ، فإن التكييف يتم على أساس التمييز بين الشروط اللائحية والشروط التعاقدية على نحو ما ذكرناه فيما سبق . وأما بالنسبة الى العقود الأخرى ، فإن التكييف يتم على أساس التمييز التالى :

(١) الشروط التي تتعلق بتنفيذ العقد :^(٢) وهي مجرد نماذج لا تلزم المتعاقد الا بعد توقيعه على العقد . ولكن بمجرد توقيعه على عقد من العقود يشار فيه الى دفتر من دفاتر الشروط العامة ، فإن الشروط الواردة بذلك الدفتر تعتبر جزءا لا يتجزأ من العقد

« partie intégrante du contrat »^(٣)

أما بالنسبة الى الادارة فإن تلك الشروط ملزمة بمعنى أنه يتعين عليها احترامها عند التعاقد باعتبارها ذات طبيعة لائحية « un caractère réglementaire » ولا تستطيع الادارة التعديل في تلك الشروط عند التعاقد الا في الحدود المسموح بها^(٤) .

(١) نص مرسوم ٦ أبريل سنة ١٩٤٢ الخاص بمقود الدولة ، على أنه « اللجنة الوطنية للعقود العامة ، أن تعد بالنسبة لمقود التوريد وعقود الأشغال العامة ، دفاتر الشروط والمواصفات العامة التي تحكم جميع تلك العقود والتي تكون ملزمة لجميع الوزارات والمصالح في الدولة ، بواسطة قرار من وزير المالية بحيث لا يجوز الخروج على هذه الدفاتر النموذجية « Cahiers types » الا بعلم اللجنة الاستشارية للعقود » .

وتنفيذا لهذه الفكرة ، صدر مرسوم في ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ ، بإنشاء لجنة عليا للعقود العامة ، تكون مهمتها تحقيق التوحيد المشار اليه في مرسوم ٦ أبريل سنة ١٩٤٢ .

(٢) « Les Clauses des C.C.G. concernant l'exécution du contrat. »

(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٢ يناير سنة ١٨٢٨ في قضية

« Commune d'Antony » المجموعة ص ٢٠ .

(٤) راجع : موجز يونار في القانون الادارى ، ص ٦١٦ ، ومطول بارتلمى في

القانون الادارى ، ص ٧١٩ ، ودى لويادير ، المرجع السابق ، ص ٣٥٤ ، ومؤلف =

ويترتب على التكليف السابق نتائج هامة منها :

١ - أن تلك الشروط ، ولو كانت الادارة ملزمة باحترامها ، لا تلزم المتعاقد الا اذا أشير الى دفتر الشروط العامة الذى يتضمنها فى العقد صراحة ، بحيث لو أهملت الادارة فى ذلك ، فانها لا تستطيع أن تتمسك بتلك الشروط فى مواجهة المتعاقد بعد ذلك^(١) .
ولهذا فانه اذا أشير فى عقد من العقود الى بعض الشروط الواردة فى دفتر الشروط العامة ، فان هذه الشروط وحدها هى التى تطبق^(٢) .

٢ - بل ويجرى التقليد فى فرنسا على أن الادارة عند ابرامها لعقد من العقود تملك أن تشير الى دفتر شروط عامة خاص بوزارة أو بمصلحة أخرى مما يوضح أن تلك الدفاتر هى مجرد نماذج . كما أن للوزارة عند ابرامها لعقد معين ، كمقد أشغال عامة مثلا ، أن تشير الى بعض الشروط الواردة فى دفتر شروط عامة خاصة بمقد آخر كمقد التوريد^(٣) .

٣ - اذا عدلت الادارة دفتر شروط عامة سبق أن أشارت اليه فى عقد من العقود ، فان دفتر الشروط العامة القديم هو الذى يحكم العلاقة التعاقدية لتلك الشروط فى مواجهة المتعاقد .

(ب) الشروط التى تتعلق بإبرام العقد^(٤) : وهذه الشروط هى التى توضح لرجال الادارة كيفية إبرام العقد ، وتعتبر بطبيعتها

= الفقيه «Laroque» بعنوان «Les usagers des services industriels» ص ٢١ ، ومؤلف الفقيه «Montmorle» بعنوان «Commentaire Pratique des C.C.G. des Ponts et chaussées» طبعة سنة ١٩٥١ ، ص ١١٦ وما بعدها .

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٣ أبريل سنة ١٩٤٠ فى قضية «Commune de Gignac» المجموعة ص ١٢٧ ، وفى ٨ مارس سنة ١٩٤٦ فى قضية «Ville d'Asnières» المجموعة ص ٧٦ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٥ يونية سنة ١٩٤٢ «Etabl. Bancel» المجموعة ص ١٩١ .

(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ فى قضية «Min Guerre» المجموعة ص ١٧٩ .

(٤) «Les clauses des C.C.G. concernant la conclusion du contrat.»

الحال ذات طبيعة لائحية «clauses réglementaires» باعتبارها قرارا صادرا من الوزير .

ولما كانت كيفية التعاقد مبنية في السادة في القرارات واللوائح المنظمة للمناقصات والمزايدات العامة ، فان معظم ما يرد في دفاتر الشروط العامة بهذا الخصوص ، هو من قبيل الأوامر والاجراءات الداخلية^(١) التي لا يترتب على مخالفتها بطلان التعاقد ، وان عرضت مخالفتها للمقاب الادارى .

ثانيا : دفاتر الشروط الخاصة بنوع واحد من العقود :

«Les cahiers des prescriptions communes» ويرمز اليها بالحروف C.P.S.

وهذه الدفاتر تتعلق بوزارة أو مصلحة معينة كالنوع السابق ، ولكنها تتخصص بنوع بعينه من العقود التي تبرمها تلك الوزارة أو المصلحة ، كعمود الأشغال أو التوريد مثلا . وما قيل على النوع الأول من دفاتر الشروط يصدق على هذا النوع الثانى من الدفاتر .

ثالثا - دفاتر الشروط الخاصة

«Les cahiers des prescriptions spéciales» ويرمز اليها بالحروف C.P.S. وهذه الدفاتر هي أشد الدفاتر تخصيصا ، فهي تحتوى على الشروط الخاصة بكل عقد يراد إبرامه ، فمهمة هذه الدفاتر أنها تكمل ما يكون من نقص في النوعين السابقين من الدفاتر بالنسبة الى العقد محل الإبرام ، كما أنها تستطيع تعديل الأحكام العامة الواردة بهما بما يكيف شروطهما وفقا لموضوع التعاقد المحدد ، في الحدود المسموح بها بطبيعة الحال .

رابعا - ويصاحب دفاتر الشروط السابقة وثائق أخرى :

تتعلق بالتفاصيل الجزئية لعملية التعاقد ، ومثال ذلك قوائم الأسعار أو جداول الفئات Le Bodereau des prix التي توضح كيفية

(١) «des clauses d'ordre intérieur» مؤلف جيز في العقود الادارية المراجع السابق ، ص ١٦٤ .

تحديد الادارة للأسعار بالنسبة الى الأعمال المطلوب تنفيذها أو المواد المراد توريدها . ومنها أيضا المقاييس والمواصفات المتعلقة بمدى الأعمال المطلوبة «L'avant-métré» ويتم هذا عادة بصورة اجمالية ، والبيانات المفصلة المتعلقة بطبيعة المواد المستعملة ومصدرها ، وكيفية تسليم الأصناف أو الأعمال وتسديد الثمن ... الخ .

٣ - القرارات التنظيمية العامة والعقود الادارية : لقد ذكرنا فيما سلف أن كثيرا من الأحكام المنظمة للعقود الادارية قد وردت في لائحة المناقصات والمزايدات ، كما ترد في قرارات أخرى مستقلة . ولا شك أن الادارة ملزمة بما يرد في تلك القرارات من أحكام . ولكن هل تعتبر تلك الأحكام مكملية للعقود الادارية اذا لم يشير اليها في العقد صراحة ؟! لقد ذهبت الجمعية العمومية لقسم الرأى في فتاها الصادرة في ٥ أبريل سنة ١٩٦٧ (س ٢١ ، ص ١٥٩) الى أنه « لا تعتبر لائحة المناقصات والمزايدات مكملية للعقد بحيث يمكن تطبيق الجزاءات المبينة بها ما لم يتضمن العقد أحكامها ، أو الاحالة عليها ، باعتبارها جزءا مكملا له ، الأمر غير المتوافر في هذا العقد » ولكن المحكمة الادارية العليا تذهب الى عكس هذا المذهب في حكمها الصادر في ٦ يناير سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٣٦٩) : فلقد اعتنقت محكمة القضاء الادارى المذهب السابق ، اذ رفضت توقيع غرامات التأخير المنصوص عليها في لائحة المناقصات والمزايدات ، بحجة أنها غير منصوص عليها في العقد . ولكن المحكمة الادارية العليا ألغت حكمها وقررت « أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن القوانين واللوائح التى يتم التعاقد فى ظلها تخاطب الكافة ، وعلمهم بمحتوياتها مفروض ، فان أقبلوا - حال قيامها - على التعاقد مع الادارة ، فالمفروض أنهم قد ارتضوا كل ما ورد بها من أحكام وحينئذ تندمج فى شروط عقودهم ، وتصير جزءا لا يتجزء منها ، حيث لا فكاك من الالتزام بها ، ما لم ينص العقد صراحة على استبعاد أحكامها كلها أو بعضها عدا ما تعلق منها بالنظام العام » وطبقت المحكمة ذات المبدأ بالنسبة للوائح الأخرى التى تتعلق ببعض

المقود ، وذلك فى حكمها الصادر فى ٣ أبريل سنة ١٩٧١ (من ١٦ ، ص ٢١٣) حيث تقرر أن القواعد التى فرضها مجلس الوزراء فى ١٨/٧/١٩٥٥ للالتحاق ببعض المعاهد التى تلتزم الحكومة بتعيين خريجيها حتى لا يعاد الكشف الطبى عليهم عند التمييز * * تعتبر بمثابة لائحة عامة تنظيمية متعلقة بحسن سير مرفق عام ، فانه لا مناص من اتباعها دون حاجة للنص عليها صراحة فى العقد الادارى « * ومسلك المحكمة الادارية العليا أكثر انسجاما مع القواعد العامة فى هذا المجال ومع مسلك القضاء الادارى الفرنسى الذى استمرضناه فيما سلف * .

ولهذا نصت المادة ٤٠ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ صراحة على أنه « يجب النص فى شروط العطاء على أن تعتبر أحكام اللائحة التنفيذية لهذا القانون جزءا مكملًا لهذه الشروط يخضع لها المقعد * » وهذا النص الكاشف مفيد ، لأنه يقطع الجدل فى هذا الأمر * .

البَابُ الثَّالِثُ

سلامة و بطلان العقود الادارية

١ - سرنا فيما سبق مع خطوات ابرام عقود الادارة ، ولمسنا القيود التي يفرضها المشرع على الادارة فى ابرام عقودها ، سواء من حيث اختيار المتعاقد ، أو الشروط السابقة على عملية التعاقد ، أو شرط الكتابة . ورأينا جزاء الاخلال بتلك القيود . واحترام تلك القيود ليس هو كل شيء فى نطاق عقود الادارة بصفة عامة ، والعقود الادارية بصفة خاصة ، بل لسلامة العقود الادارية يجب أن يستكمل العقد أركانه الداخلية . (Conditions internes de validité)

٢ - وإذا كانت العقود الادارية بمعناها الفنى الدقيق ، تتميز عن عقود القانون الخاص التى يبرمها الأفراد أو الادارة من عدة نواح جوهرية - رأينا بعضها فيما سبق ، ونرى باقىها فيما بعد - فان موضوع شروط السلامة الذاتية للعقود الادارية ، لا يكاد يختلف عن مثيله فى القانون الخاص . فالقاضى الادارى ، يلجأ الى ذات القواعد المطبقة فى القانون الخاص ، والتى تحكم هذا الموضوع ، ولا يخرج عنها الا بالقدر الذى تستلزمه طبيعة الحياة الادارية ، وأوضاع التنظيمات الادارية .

فالفقيه بيكتيو يعلن بصراحة ، أن القضاء الادارى ، فى هذا الصدد ، يلجأ الى النظريات المدنية ، ولا يحورها تحويرا كبيرا :
«Lorsqu'il s'agit de contrats administratifs, le juge administratif utilise, dans le Code Civil constituant le fond principal valable pour les contrats, les transformer de façon profonde, les théories civilistes».

وهذا بذاته هو المعنى الذى يؤكدہ الأستاذ دى لوبادير ، حيث يقول :

«On peut donc dire que les notions fondamentales exprimées en la matière dans le Code Civil constituent le fond principal valable pour les contrats

(١) بحثه المنشور فى مجموعة «Juris-Classeur Administratif» ، سنة ١٩٥٣ ، رقم ٥٠٥ ص ٣٧ .

administratifs et l'on verra que la jurisprudence les applique quelquefois purement et simplement, parfois même en visant les dispositions du Code Civil». (١)

والى هذا المعنى أشارت محكمة القضاء الإدارى المصرية - وإن كانت أشارتها قد وردت فى صيغة عامة - فى حكمها الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ حيث تقول : « ومن حيث أن النظرية القانونية العامة فى العقود الإدارية ، تبدأ على غرار مثيلتها فى العقود المدنية بالتقصى عن شروط تكوين العقد الإدارى ومن بعدها تبحث عن شروط صحة انعقاد العقد » (٢) ، كما أن المحكمة الإدارية العليا قد لجأت الى نصوص القانون المدنى فى كثير من أحكامها نورد بعضها - دون ترتيب خاص - كأمثلة فى هذا المجال ، ونرجى التفاصيل الى موضعها من هذا المؤلف :

- أن الغلط فى الشيء المبيع أو فى محل التوريد الذى من شأنه أن يعيب الإرادة ويؤثر فى صحة العقد ، ويجيز للمتعاقد الذى وقع فيه أن يطلب ابطال العقد بسببه ، يشترط فيه طبقا لحكم المادتين ١٢٠ و ١٢١ من القانون المدنى ... » وأحكام الغلط التى أوردها القانون على هذا النحو لا تتعارض مع الأسس العامة للعقود الإدارية ومن ثم يتمين الأخذ بها « (إدارية عليا فى ١٩٦٨/٣/٢ مجموعة المبادئ المؤقتة - ص ١٢) .

- أن من المقرر قانونا فى مجال العقود - إدارية كانت أو مدنية - أن الغلطات المادية فى الكتابة أو فى الحساب التى يقع فيها أحد المتعاقدين واجبة التصحيح . وأشار الحكم الى المادة ١٢٣ من القانون المدنى (إدارية عليا فى ١٩٧٣/١١/٢٤ ، المجموعة السابقة ص ١٣)

(١) مؤلفه السابق ، ص ٢٠٠ .

(٢) سبقت الإشارة اليه . ولقد سبق أن أوردنا أحكاما أخرى فى هذا الخصوص للمحكمة الإدارية العليا لاسيما حكمها الصادر فى ٢١ مارس سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٥٢٧) حيث تقرر : أن بعض القواعد والمبادئ العامة فى القانون المدنى مما لا تختلف فيه روابط القانون العام عن روابط القانون الخاص ، وبالتالي ليس ثمة ما يمنع من نقلها الى نطاق القانون العام ، وإسماها فى القواعد الخاصة به . - وراجع أيضا حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٥٨ (الاستئناف ١٢ و ١٣ ص ١١٢) .

— من الأمور المسلمة في العقود كافة — سواء كانت عقودا ادارية أو مدنية — ان الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد (ادارية عليا في ١٥/٢/١٩٦٩ ، ذات المجموعة . ص ٤٤) .

— التنفيذ العيني هو الأصل في جميع العقود ، ادارية أو مدنية وأشارت المحكمة الى المادتين ١٩٩ و ٢٠٣ من القانون المدني (حكمها في ٢٠/٥/١٩٦٧ ، ذات المجموعة ، ص ٤٥) .

— ضمان المقاول لما يقيمه من أعمال ، والمنصوص عليه في المادتين ٦٥١ و ٦٥٤ ينطبق على العقود الادارية ، ما دام لا يتعارض مع روابط القانون العام (حكمها في ٦/٤/١٩٦٨ ذات المجموعة ، ص ٥١) .

— ان أحكام التضامن ، المنصوص عليه في المادة ٢٧٩ مدني تسرى على العقود الادارية (ادارية عليا في ١٨/١١/١٩٧٦ ، ذات المجموعة ص ٥٢) وأن التضامن لا يفترض اعمالا لحكم المادة ذاتها (ادارية عليا في ٣/٥/١٩٧٥ ، ذات المجموعة ، ص ٥٣) .

— ان قواعد التفسير المقررة في القانون المدني ، انما تقوم على حسن الفهم والادراك ، وأنها انما وضعت لتأمين القاضى على الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين . واذا كان هذا هو الشأن في مجال القانون الخاص بقواعده المقتنة ، « فان القانون الادارى — وهو غير مقتن — أولى بأن تسوده هذه الفكرة » (ادارية عليا في ٢٠/٥/١٩٦٧ ، ذات المجموعة ، ص ٦٠) .

— وجوب تصحيح الأخطاء المادية التي تقع في العقد ، والتي تعتبر من « غلطات القلم » وأشارت المحكمة الى المادة ١٢٣ من القانون المدني (ادارية عليا في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٧٣ ، مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ١٩ ، ص ١٧) .

— ان العقد الادارى — شأنه في ذلك شأن عقود القانون الخاص — يقوم أساسا على وجود ارادتين متطابقتين ، بحيث اذا لم يوجد هذا

التطابق أو تخلفت شروط صحته كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال حسب الأحوال ، وأشارت المحكمة الى المادة ١٢٠ من القانون المدني الخاصة بالغلط - (ادارية عليا فى ٢٩ يونية سنة ١٩٧٤ ، مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ١٩ ص ٤٥٠) -

- فى عقد الكفالة - وفقا للمادة ٧٧٣ من القانون المدني - يجب أن يكون رضا الكفيل بكفالة المدين واضعا ولا غموض فيه (المحكمة الادارية العليا فى ٢١ يونية سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ٢٠ ص ٤٥٣) -

- سمر الفائدة المقرر فى المادة ٢٢٦ من القانون المدني ، يسرى على العقود الادارية فى شروطه ومقداره (ادارية عليا فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٧٥ ، مجموعة أحكام المحكمة ، س ٢٠ ص ٢١٨) -

- عقد الصلح يرجع فيه الى المادة ٥٤٩ مدنى والمادة ٥٥٣ (حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٢٤ يناير ١٩٧٦ ، مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ٢١ ، ص ٣٢) -

- المادتان ٢٦٨ و ٢٧٠ من القانون المدني ، الخاصتان بأحكام الالتزام المعلق على شرط واقف تطبقان فى مجال المقسود الادارية (الادارية العليا فى ٢٦ فبراير ١٩٨٠ ، الطعن رقم ٤٨٠ لسنة ٢١ قضائية) -

٣ - ولقد لاحظ الفقهاء بحق أن قضاء مجلس الدولة الفرنسى فيما يتعلق بالميوب التى تشوب الرضا أو المحل أو السبب فى العقود الادارية شحيح ، ومرد ذلك الى ما يبين :

الأول : أن الاجراءات الشديدة والمعقدة التى تفرضها التشريعات على طريقة تعاقد الادارة ، تجعل مجال الأخطاء المتعلقة بأركان العقد نادرة من الناحية العملية -

الثانى : أن معظم الطعون الموجهة فى هذا الصدد تثار فى نطاق رقابة المشروعية ، بمعنى أنها توجه كدعوى بطلب الغاء القرارات

الادارية المنفصلة غير المشروعة للأسباب السابقة ، وعلى التفصيل الذى أوردناه فى القسم الأول من هذا المؤلف •

٤ - ولما كان هذا المؤلف يستهدف بصفة أساسية إبراز الأسس العامة التى تقوم عليها العقود الادارية بمعناها الفنية ، فأننا نعرض الموضوع بغاية الاختصار ، محيلين فى التفاصيل الى القواعد المدنية المقررة فى هذا الصدد ، ومع التنبيه الى الخلاف الموجود بين القواعد المدنية المقررة فى فرنسا والقواعد المقررة فى القانون المدنى المصرى الجديد • وهذه القواعد هى التى تطبق بطبيعة الحال ، على أساس أن فكرتنا المجردة عن العقد انما يرسمها قانوننا المدنى • ومن ثم فأننا ندرس على النحو التالى :

أولاً : العيوب التى تشوب أركان العقد الادارى •

ثانياً : جزاء بطلان العقد •

المبحث الأول

العيوب التى تشوب أركان العقد الادارى

يقوم العقد الادارى - كما هو الشأن فى القانون الخاص - على أركان ثلاثة ، هى الرضا «consentement» والمحل «L'objet» ، والسبب «La cause» وفيما يلى نعرض لكل ركن من هذه الأركان باختصار :

الفرع الأول

الرضا

لا يمكن أن يكون ثمة عقد الا اذا تلاقى ايجاب وقبول من الادارة والمتعاقد معها ، فذلك جوهر الرابطة التعاقدية ، وما يميزها عن تصرف الادارة عن طريق القرارات الادارية التى تصدر عن ارادة الادارة وحدها • ولا يكفى أن يوجد رضاء الادارة ، بل يتعين أن يكون هذا الرضاء سليماً • ولسلامة الرضاء الصادر من الادارة ، يتعين أن يتوافر فيه الشروط الآتية :

أولاً : أن يصدر رضاء الإدارة ، من جهة الإدارة المختصة ، وفقاً للأوضاع المقررة ، من حيث الشكل والاختصاص على النحو الذي عرضناه فيما سلف . وقد رأينا جزاء مخالفة تلك القواعد .

ثانياً : أن يكون رجل الإدارة المتعاقد باسم الإدارة أهلاً للتعاقد ، وهذا أمر مفروض ، ولا يهتم القانون الإداري كثيراً بدراسته نظراً لافتراض الأهلية في رجال الإدارة . فإذا كان التعاقد مع شخص من أشخاص القانون العام ، فيجب أن يصدر قرار المجلس الممثل لهذا الشخص وفقاً للإجراءات المقررة من حيث مكان الانعقاد وزمانه ، ونصاب الانعقاد ، والأغلبية المشروطة في إصداره . . الخ^(١) .

ثالثاً : أن يغلو رضاء الإدارة من عيوب الرضا وهي :

١ - الفلط : «L'erreur» ويطبق مجلس الدولة الفرنسي بخصوصه القواعد المدنية المقررة في هذا الصدد ، فيبطل العقد إذا أخطأت الإدارة في شخص المتعاقد «Erreur sur la personne» ويلاحظ أن الصفة الشخصية لمعقود الإدارة «intuitus personae» تؤدي إلى كثرة البطلان من هذه الناحية . ومن أوضح الأمثلة على ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٠ في قضية «Domergue»^(٢) حيث تعاقد أحد ممثلي الشركات مع الإدارة بصفته الشخصية ، في حين أن الإدارة قد قصدت التعاقد معه بصفته ممثلاً للشركة .

وما قيل عن الخطأ في الشخص ، يصدق على الخطأ في محل التعاقد ، أو طبيعة العقد . . الخ مما تفصله كتب الفقه المدني^(٣) . ولقد أشارت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٢ مارس سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٦٢٥) إلى القواعد المدنية في الفلط في قضية تتلخص ظروفها في أن إدارة المشتريات بمصلحة المخازن بوزارة الصحة قد طلبت توريد عدد كبير من المبايق الزجاجية ،

(١) في التفاصيل يراجع مؤلفنا « النظرية العامة للقرارات الإدارية » المرجع السابق ، تحت عنوان الشكل في حالة القرارات الصادرة من المجلس .

(٢) المجموعة ، ص ٨١٣ .

(٣) راجع الوسيط للسهروري ، ص ٢٨٩ وما بعدها .

فتقدم أحد المواطنين بطلب على أساس عينة قدمها هو ، فقررت لجنة البت قبول الطلب على أساس التوريد وفقا لعينة قسم الصدر التي لم يستدل عليها . ولما رفضت الادارة تسلم البضاعة الموردة على أساس عدم المطابقة ، رفع النزاع الى القضاء الادارى ، وضمنت المحكمة الادارية العليا حكمها الصادر فى هذا الشأن مبدا يقضى بأن « أحكام الفلظ التي أوردها القانون المدنى (فى المادتين ١٢٠ و ١٢١) لا تتعارض مع الأسس العامة للعقود الادارية ، ومن ثم يتعين الأخذ بها^(١) » . كما أنها فى حكمها الصادر فى ١٥/٢/١٩٦٩ (مجموعة المبادئ المؤقتة ، ص ٤٤) تؤكد أنه من الأمور المسلمة فى العقود كافة ، سواء كانت عقودا ادارية أو مدنية ، أن الخطأ العقدى هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أيا كان السبب فى ذلك ، يستوى فى ذلك أن يكون عدم التنفيذ ناشئا عن عمد أو إهماله ، أو عن فعله دون عمد أو إهمال .

٢ - التذليل : « dol » وكثيرا ما يشير مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد الى المواد ١١١٦ و ١١٥٣ و ١١٥٤ من المجموعة المدنية المتعلقة بهذا الموضوع . ومن ذلك على سبيل المثال ، حكمه الصادر فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٣ فى قضية «Grands moulins de Corbeil»^(٢) وهو من أحكام المجلس المطولة على خلاف عادته فى الاختصار^(٣) : وهنا أيضا نحيل الى الفقه المدنى المصرى فى هذا الصدد^(٤) .

(١) وفى خصوص النزاع ، لم تر المحكمة أن ما حدث فى القضية من قبيل الفلظ لأن تحديد جهة الادارة للصف المطلوب على هذا النحو لا يعد من قبيل الفلظ لتلاقي الارادتين على العينة التي كانت محل اعتبار عند التماقد ، .
(٢) المجموعة ، ص ٨٥٢ .

(٣) جاء فى هذا الحكم قول مجلس الدولة الفرنسى :

« Si le contrat légalement formé tient lieu de loi à ceux qui l'ont fait ... il n'en est pas de même lorsque les manœuvres de l'une des parties ont constitué un dol : ces manœuvres entraînent la résolution du contrat s'il est prouvé que sans elles l'autre partie n'aurait pas contracté; elles ne donnent lieu au contractant qu'à des dommages-intérêts au profit du contractant qui en a subi les effets lorsque, sans être la cause déterminant de sa volonté, elles ont eu pour résultat de l'amener à accepter des conditions plus onéreuses que celles auxquelles il aurait dû normalement souscrire et de lui causer ainsi un préjudice dont il est fondé à demander réparation » .

(٤) الوسيط للسنهورى ، ص ٣١٨ وما بعدها .

٣ - الاكراه : «La violence» ولما كانت الادارة طرفا فى العقود الادارية ، فانه من النادر أن يقع اكراه فى التعاقد . ومن ثم فان معظم الأحكام الصادرة من مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد أحكام سلبية تكتفى بإعلان مبدأ بطلان العقد اذا شاب الرضا اكراه ، ولكنها تنتهى موضوعيا الى عدم قيام الاكراه . ومن أوضح الأمثلة على ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٩ يناير سنة ١٩٤٥ فى قضية «Sté Voisin» (٢) والذى جاء فيه - بخصوص احتجاج الشركة المتعاقدة بأنها أكرهت على قبول العقد نتيجة لموقف عمالها منها - قول المجلس :

«Il résulte de l'instruction, que la menace dont se prévaut la société ne présentait pas un caractère de violence de nature à vicier le consentement de ses dirigeants».

أما حيث ثبت الاكراه ، فان مجلس الدولة يعمل المبادئ المدنية المسلم بها (٣) .

ولم نجد قضاء لمجلس الدولة المصرى فى هذا الصدد فى موضوع العقود ، ولكن مجلس الدولة المصرى طبق الأفكار الأساسية فى الاكراه فى نطاق القرارات الادارية ، فلقد جرت محكمة القضاء الادارى المصرية باستمرار ، على أن الاكراه الذى يشوب ارادة الموظف عند تقديم الاستقالة ، يؤدى الى بطلان القرار الصادر بقبولها . وأقرت المحكمة الادارية العليا هذا القضاء فى حكمها الصادر فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٥ (الطعن رقم ١٥٨ لسنة ١ قضائية) حيث تقول : « من حيث ان الاستقالة باعتبارها مظهرا من مظاهر ارادة الموظف فى اعتزال الخدمة يجب أن تصدر برضاء صحيح ، فيفسده

(١) المجموعة ، ص ١٩ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٥ فبراير سنة ١٩٩٥ فى قضية «Sté, ds, Mines de Lens» المجموعة ١٥٤ ، ويتعلق باتخاذ اجراءات ادارية معينة ضد شركة بقصد اجبارها على التعاقد .

ما يفسد الرضا من عيوب ، ومنها الاكراه ان توافرت عناصره : بأن يقدم الموظف الطلب تحت سلطان رهبة يبعثها الادارة فى نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس بأن كانت ظروف الحال تصور له أن خطرا جسيما محققا يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ، ويراعى فى تقدير الاكراه جنس من وقع عليه هذا الاكراه وسنة وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر مع شأنه أن يؤثر فى ارادته ، فالاكراه يشتمل على عنصرين : عنصر موضوعى هو الوسائل التى تولد الايحاء بخطر جسيم .. وعنصر نفسانى هو الرهبة التى تبعثها تلك الوسائل فى النفس .. ومن حيث ان الاكراه باعتباره مؤثرا فى صحة القرار الادارى يخضع لتقدير المحاكم الادارية فى حدود رقابتها لمشروعية القرارات الادارية ، كما يخضع لرقابة المحكمة الادارية العليا فى تعقيبها على أحكام تلك المحاكم » وما قالته المحكمة فى خصوص القرارات الادارية ، التى هى تمبير عن ارادة الادارة المنفردة ، يصدق من باب أولى على العقود الادارية التى هى تلاقى ارادتين *

وواضح من ناحية أخرى ، أن ما ذكرته المحكمة الادارية العليا ان هو الا تطبيق للمبادئ المدنية فى هذا الصدد ، ومن ثم فاننا نحيل أيضا فى التفاصيل الى المراجع المدنية^(١) .

٤ - الغبن «La lésion» ورث القانون المدنى الفرنسى نظرية الثورة الفرنسية الى الغبن ، تلك النظرة الفردية ، التى تضيق من نطاق حق الالتجاء الى الغبن الى أقصى حد ممكن * وبهذه الروح صدرت المادة ١١١٨ من القانون المدنى الفرنسى ، والتى لا تجعل الغبن مؤثرا فى صحة العقود الا فى احوال استثنائية * وقد تابع مجلس الدولة الفرنسى النظرة السابقة ، فضيق من حالات الغبن فى

(١) الوسيط للسنهورى ، المرجع السابق ، ص ٢٢٤ وما بعدها .

مجال عقود الإدارة ، ولم يسمح به الا اذا أجاز نص تشريعى الالتجاء اليه^(١) .

وهذا كله بطبيعة الحال فيما يتعلق بالغيب الذى يتم وقت إبرام العقد . أما الغيب الذى يصيب المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإدارى ، فإن له حكمه الذى نعرض له فيما بعد ، والذى التزم فيه مجلس الدولة الفرنسى مسلكا أصيلا لا علاقة له بالأفكار المدنية المقررة فى هذا الصدد .

ونحن نعلم من ناحية أخرى أن القانون المدنى المصرى الجديد ، قد سلك فيما يتعلق بالغيب مسلكا جديدا ومغايرا للمسلك القانون المدنى الفرنسى فى هذا الخصوص ، فقد نصت المادة ١٢٩ منه على ما يلى : « ١ - اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعاادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بيئا أو هوى جامعا ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد .

٢ - ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، والا كانت غير مقبولة .

٣ - ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال اذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغيب » .

وواضح من هذا النص أن المشرع المصرى يأخذ فى تحديد الغيب بالنظرية النفسية فى الاستغلال ، لا بالنظرية المادية . ولما كان مجلس الدولة الفرنسى قد التزم الخطوة السابقة ، لأنها تنسجم مع مسلكه العام

(١) أحكام المجلس مطردة فى هذا المعنى ومنها حكمه الصادر فى ٢١ مايو سنة ١٩٤٨ فى قضية «Sté. coopérative de production» المجموعة ص ٦٤١ وفى ٣ يونيو سنة ١٩٥٣ فى قضية «Beugelay» مجموعة «Actual. jur. 1954, II, p. 379»

القاضى بتطبيق المبادئ المقررة فى القانون المدنى فى هذا المجال ، باعتبارها تقنيناً لقواعد عامة فى العدالة تصدق على المجال المدنى كما تصدق على العلاقات الادارية ، فانه لا محل - فى نظرنا - لأن يتقيد مجلس الدولة المصرى بالنهج الذى يسير عليه مجلس الدولة الفرنسى ، ما دام قانوننا المدنى يختلف فى هذه الجزئية عن القانون المدنى الفرنسى . ومن ثم فاننا نرى أن يؤخذ بقواعد الغبن التى تقرها المادة السابقة فى مجال العقود الادارية ، وان كنا نلاحظ أن هذه النظرة النفسية فى الغبن والتى أخذ بها القانون المدنى المصرى الجديد ، سوف تضيق عملاً مع نطاق تطبيق الغبن فى مجال عقود الادارة ، لضعف احتمال استقلال الادارة لطيش أو هوى من يتماقدون معها . ونكتفى بالاحالة الى المراجع المدنية^(١) .

الفرع الثانى المحل

وهنا أيضاً يطبق القضاء الادارى المبادئ المدنية فيما عدا ما تستلزمه طبيعة العقود الادارية . وقياساً على ذلك ، فإن هذا الموضوع تحكمه فى مصر المواد من ١٣١ الى ١٣٥ من المجموعة المدنية . ومن ثم فاننا نحيل فى هذا الخصوص الى المراجع المدنية^(٢) . هذا ولقد صاغت المحكمة الادارية العليا هذا المبدأ فى حكمها الصادر فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٦٦ (س ١٢ ، ص ٥٠٣) حيث تقول : « ومن حيث انه يشترط فى محل العقد - أيا كان العقد - أن يكون قابلاً للتعامل فيه . ويكون الشيء غير قابل للتعامل فيه - فلا يصح محلاً للالتزام - اذا كان التعامل فيه محظوراً أو غير مشروع لمخالفته للنظام العام . وينبى على ذلك أن العقد يقع باطلاً ، فلا ينعقد قانوناً ، ولا ينتج أثراً ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلانه . وللمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها ، ولا تصح

(١) الوسيط للسنهورى ، المرجع السابق ، ص ٣٦٠ وما بعدها .

(٢) الوسيط للسنهورى ، المرجع السابق ، ص ٣٧٥ وما بعدها .

اجازة المقعد . واذا تقرر هذا البطلان فيماد المتماقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد » . وكان الموضوع ينصب على اتفاق بين الادارة وأحد الموردين لتوريد شوك ومساكين وملاعق طبقا لمينة تحتوى على نسب عالية جدا من المواد الضارة التي تعرض من يستعملها للخطر ، فقالت : « ومن حيث ان الثابت من التحليل أن من شأن استعمال الأدوات محل العقد تعريض سلامة المستهلكين لخطر التسمم ، وهو أمر في ذاته مخالف للنظام العام ، فان للنفس حرمة لا يجوز انتهاكها ، وفضلا عن ذلك فان دخول النحاس في تركيب هذه الأدوات بالنسبة التي كشف عنها التحليل ، مخالف للنظام العام من جهة أخرى لمخالفته لأحكام أحد القوانين الجنائية ، والقوانين الجنائية تعتبر من النظام العام » .

ويكتفينا في هذا الصدد أن نلاحظ بخصوص المحل ، أن ثمة أمورا يحرم المشرع التعاقد بشأنها صراحة ، كما أن بعض المسائل لا يجوز أن تكون محل تماقد بين الادارة والأفراد ، لأن ذلك يتنافى مع طبيعة المراكز الادارية .

أولا - المحل غير مشروع لأن المشرع يحرم التعاقد بخصوصه :
إذا ما منع المشرع صراحة التعاقد بخصوص أمر معين ، سواء أكان شيئا يراد شراؤه أو عملا يراد تنفيذه ، فان الادارة ملزمة باحترام ارادة المشرع ، وكل مخالفة لهذا المحظر تؤدي الى بطلان التعاقد . ولا صعوبة في هذا الأمر . وكل ما يمتدنا في هذا المقام هو ضرب بعض الأمثلة التي وردت في هذا الخصوص سواء في القانون أو في لائحة المناقصات والمزايدات :

١ - المادة ٣٨ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والتي تنص على أن « يحظر على العاملين ب وحدات الجهاز الادارى للدولة ، ووحدات الحكم المحلى (الادارة المحلية) والهيئات العامة التقدم بمطامات أو عروض لتلك الجهات ، كما لايجوز شراء أصناف منهم أو تكليفهم بتنفيذ أعمال . ولا يسرى ذلك على شراء الكتب من تأليفهم ، أو تكليفهم بالقيام بأعمال فنية كالرسم والتصوير وما يماثلها أو شراء

هذه الأعمال الفنية منهم اذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية ، وعلى أن يتم الشراء والتكليف في الحدود ، ووفقا للقواعد والاجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية . كما يحظر على العاملين بتلك الجهات الدخول في المزايدات والممارسات بأنواعها ، الا اذا كانت الأشياء المشتراة لاستعمالهم الخاص ، وكانت مطروحة للبيع عن طريق جهات غير التي يعملون بها ، ولا تخضع لاشراف الجهة التي يعملون بها » .

٢ - المادة ٥ من اللائحة التنفيذية ونصها : « يحظر التعاقد بقصد استنفاد الاعتمادات المالية ، كما يحظر في الشهر الأخير من السنة المالية شراء أصناف أو اجراء محاولات الا في الحالات الاستثنائية التي تقتضيها ضرورة العمل ، على أن تبين مبررات ذلك في مذكرة تعرض على السلطة المختصة بالاعتماد » .

٣ - المادة ٨ من اللائحة ، والتي أعادت ترديد حكم المادة ٣٨ من القانون ، وتضمنت الأحكام التفصيلية للاستثناءات المقررة في المادة .

٤ - المادة ١٠٤ من اللائحة والتي تحرم بيع الأصناف الجديدة الا للوزارات والمصالح ووحدات « الحكم المحلي » والهيئات العامة ، وتضع ضوابط الاستثناء من هذا الأصل .

ويجب أن يلاحظ من ناحية أخرى ، أن الموظف الذي يتعاقد بخصوص أمر لا يجعله المشرع من اختصاصه لا يرتكب عملا مشوبا بعيب الاختصاص فحسب ، وانما يتعدى خطؤه أيضا الى محل العقد فيفقد غير مشروع^(١) .

ثانيا - المحل غير مشروع لتنافي التعاقد بخصوصه مع طبيعة الروابط الادارية : فالقانون الاداري يعرف مثلا المراكز النظامية العامة «Les situations légale» ou objectives» وهذه المراكز تحددها القوانين مباشرة بصرف النظر عن شاغلها ، ويتواجد الأفراد فيها بطريق

(١) بحث الفقيه بيكينو ، رقم ٥٠٥ ، ص ٤١ (برقم ٣٦٥) .

الأعمال الشرطية «Les actes condition» والمسلم به فى القانون الإدارى أن دور الأعمال الشرطية يقتصر على استناد هذه المراكز النظامية للمستفيدين منها ، فيتمتعون بما تنيله من حقوق ، ويلتزمون بما تفرضه من التزامات ، وكل ذلك حسب ما تحدده القوانين واللوائح أو بصفة عامة القواعد المشرعة «Les actes régle» (١) . وقد رتب القضاء الإدارى على الفكرة السابقة أنه لا يجوز للإدارة أن تجعل هذه المراكز النظامية العامة محلا للتعاقد ، لأنها لا تستطيع باتفاق مباشر بينها وبين الأفراد تعديل تلك المراكز النظامية العامة .

وتطبيقا لهذه القاعدة ، يجرى القضاء الإدارى فى فرنسا على الحكم ببطالان كل اتفاق تبرمه الإدارة مع موظفيها لا نقاص المزايا التى تضمنها لهم المركز النظامية العامة (٢) .

وهذا هو المسلك الذى التزمته محكمة القضاء الإدارى فى مصر . ومن ذلك حكمها فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٥٤ والذى تقول فيه : « ... إذا كان التنازل قد انصب على حق مقرر للموظف قانونا وواجب الحكومة العمل على وصوله لصاحبه ، لا المسومة عليه ، فانه باطل ... ذلك لأنه لا يجوز أن يتفق على تعديل حق للموظف أو تخفيضه ... لأن علاقة المؤلف بالحكومة هى علاقة تنظيمية لائحية » (٣) .

ووفقا للقواعد السابقة ، يقضى مجلس الدولة الفرنسى ببطالان كل اتفاق خاص يتم بين ملتزم المرفق العام ، وبين أحد

(١) راجع فى التفاصيل مؤلفنا « النظرية العامة للقرارات الإدارية » المرجع السابق فى أى من طبعاته المتعددة .

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٣٩ فى قضية «Portebois» منشور فى مجموعة دالوز سنة ١٩٢٩ ، القسم الثالث ، ص ٥٧ مع تعليق «Bienvenue» وقد جاء فيه :

«La situation des fonctionnaires telle qu'elle est définie par les lois et règlements, ne saurait être modifiée par des actes contractuelles».

وراجع أيضا حكمه الصادر فى ٢٨ يوليو سنة ١٩٤٣ فى قضية «Giret» .

(٣) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة الثامنة ، ص ٨٢٧ . ومن أحكامها القديمة ،

حكمها الصادر فى ٩ فبراير سنة ١٩٥٠ ، السنة الرابعة ص ٣٦٧ .

المستفيدين ، على خلاف القواعد التي يتضمنها عقد الامتياز ، وهي لائحية فيما يتعلق بكيفية أداء الخدمة كما ذكرنا^(١) .

وإذا كانت فكرة المراكز النظامية أو اللائحية قد حدثت من حرية التعاقد على النحو السابق ، فإن الإدارة تخضع لقيود أخرى مردها إلى اختصاصاتها الإدارية . فالمسلم به أن الإدارة ملزمة بممارسة اختصاصاتها على النحو الذي تقرره التشريعات . وبالتالي فإن كل اتفاق بين الإدارة والأفراد يستهدف تعديل هذه الاختصاصات أو تقييد حرية الإدارة في استعمالها ، يكون باطلا . وتطبيقا لهذا المبدأ ، حكم مجلس الدولة الفرنسي ، ببطالان الاتفاق الذي تم بين الإدارة والمتعاقد معها ، والذي تضمن تقييد حرية الإدارة في تنظيم المرافق العامة^(٢) ، وذلك الذي يمنعها من مزاوله اختصاص معين^(٣) .

وغنى عن البيان ، أنه إذا تعاقدت الإدارة مع أحد الأفراد ، وكان محل العقد مستحيلا ، فإن الأحكام المقررة في القانون المدني تطبق هنا أيضا . وهذا ما أوضحته محكمة القضاء الإداري في حكم مفصل لها ، صادر في ٤ يناير سنة ١٩٥٩ (السنتان ١٢ و ١٣ ص ١٦١) حيث تقول : « ... أنه وإن جاز أن يتضمن العقد الإداري شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، إلا أن جميع العقود ، إدارية كانت أم مدنية ، يجب أن تتوافر فيها الشروط العامة المتعلقة بأركان العقد ومحلّه ، فلا بد أن يكون للعقد الإداري محل ، وأن يكون المحل مشروعا وغير مستحيل في ذاته ... ومن ثم فمتى كانت الحكومة قد تعاقدت مع المدهي على تنفيذ عملية توسيع وتعديل الطريق رقم ٣١٢ ، فإن مقتضى هذا التعاقد الإداري ،

(١) حكم الصادر في ٥ مايو سنة ١٩٤٢ في قضية «Cie générale des eaux» منشور في مجموعة «D. C. 1944, j. 121, conclusion odent» .
(٢) حكم المجلس الصادر في ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٧ في قضية «P.L.M.» المجموعة ص ٩١٨ ، وحكمه في ١٧ يونيو سنة ١٩٣٢ في قضية «Ville de Castelnaudary» مجموعة دالوز سنة ١٩٣٢ ، القسم الثالث ص ٢٧ مع تقرير جوس .
(٣) حكم الصادر في ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٠ في قضية «Ass. des Bibliothécaires français» دالوز ، سنة ١٩٣٢ القسم الثالث ، ص ٢٥ مع تعليق فالين .

أن يقوم المدعى بتنفيذ العقد بأمواله الخاصة ، وعلى مسؤوليته . . .
وهذا يقتضى لا يصدق بالنسبة الى ما ورد فى البند التاسع من جدول
الفئات الخاص بالعملية المتعاقدة عليها فيما يتعلق بتوريد وتركيب
بوابات حديد طراز « فهمى حنين » متى كانت الحكومة قد اشترت
اختراع هذا النوع من البوابات وصار من حقها دون سواها تشيخيلها
لمصالحها المختلفة دون الأفراد . ويترتب على ما تقدم اعتبار هذا
البند من المقاوله مما يتعارض فى طبيعته مع جوهر العقد الادارى . .
اذا اتضح مما سبق أن محل البند التاسع من جدول الفئات مستحيل
على المدعى ، وعلى الأفراد كافة استحالة مطلقة ، الأمر الذى يترتب
عليه بطلان هذا البند » .

الفرع الثالث السبب

والأحكام هنا شحيحة جدا . ولعل السبب فى ذلك أنه من النادر
أن تتعاقد الادارة دون سبب أو بسبب باطل . ولكن الكل يجمع
على ضرورة السبب كركن فى العقود الادارية ، وأن الأفكار
المدنية هى بيمينها التى تحكم الموضوع فى هذا المجال ، مع مراعاة
ما يتعلق بطبيعة العلاقات الادارية كما رأينا فيما سبق^(١) .

ولعل أول حكم لمجلس الدولة الفرنسى يشير بصراحة الى ركن
السبب ، كما يلاحظ الفقيه بيكنو ، هو حكمه الصادر فى ٢٩ يناير
سنة ١٩٤٧ فى قضية «Michaux»^(٢) وتتعلق هذه القضية بعقد تطوع
«contrat d'engagement militaire» أبرمه أحد الفرنسيين بقصد قتال
الألمان ، ولكنه جند فى وحدة غير مقاتلة . فلما طالب بالفاء عقد

(١) راجع تقرير المفوض «Theis» فى قضية «Michaux» التى صدر فيها حكم
المجلس فى ٢٩ يناير سنة ١٩٤٧ ، مجلة القانون المصم ، سنة ١٩٤٨ ص ٧٨ مع
تعليق فالين . وقد جاء فى تقرير المفوض قوله :

«Solen l'article 1131 du Code civil un contrat sans cause ne peut avoir aucun
effet. La règle vaut en matière administrative à cette réserve près qu'elle doit être
appliquée compte tenu des principes qui président à l'organisation et au fonctionnement
des services publics».

(٢) أشير اليه فى الهامش السابق .

تطوعه لفقد ركن السبب ، رفض المجلس الدعوى استنادا الى أن
الحاق المتطوع بفرقة معينة هو أمر لاحق لإبرام العقد ، وبالتالي
لا يفقد العقد سببه^(١) .

ولكن المجلس حكم بالغاء عقد ادارى لتخلف ركن السبب ، في
قضية : «Cie des Messageries Maritimes» وذلك بحكمه الصادر في ١٢
نوفمبر سنة ١٩٤٨^(٢) .

وبالرغم من قلة الأحكام التي صدرت من القضاء الإدارى
المصرى فى هذا المجال فقد وجدنا حكما لمحكمة القضاء الإدارى
صادرا فى ٢ يونية سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ قضائية)
يشير الى ركن السبب فى الاتفاقات الادارية على النحو التالى :
« . . ومن حيث ان التزام صاحب المطحن بانتاج عدد معين من أقات
الدقيق الصافى من كل أردب من القمح الذى تقوم بتسليمه اليه
سلطات التموين ثم مساءلته عن عدم انتاج هذا المقدار يجب أن
يقوم على سبب قانونى ، وهذا السبب يكون اما بنص فى التشريع
أو بنص فى لائحة صادرة من جانب المطحن يمثل هذه المددلات
المقررة عند ابرامه العقد مع جهة الادارة التى تهيمن على مرفق
التموين فى البلاد . . واما باتفاق يتضمن ذكر المعدل المقصود وينبه
الى ضرورة الانتاج على مقتضاء . فاذا جاء خلوا تماما من مثل هذا
النص ، فقد يسترشد القاضى بما هو مع مستلزمات العقد وفقا للمعرف
الجارى فى التعامل بحسب طبيعة كل التزام » .

وهنا أيضا نكتفى فى أحكام ركن السبب بالاحالة الى المصادر
المدنية^(٣) .

(١) «Con. que la cause juridique d'un contrat d'engagement ne peut être
appréciée par rapport à un événement tel que l'affectation à une unité déterminée,
survenue postérieurement à la conclusion dudit contrat; qu'ainsi le moyen invoqué
n'est pas susceptible d'être retenu».

(٢) المجموعة ص ٤٢٨ .

(٣) الوسيط للسنهورى ، المرجع السابق ، ص ٤١٣ وما بعدها .

الفرع الثاني

جزء بطلان العقد الإداري

١ - يترتب على عدم استيفاء أركان العقد الإداري للشروط القانونية المطلوبة ، بطلان العقد الإداري . ويعرف القانون الإداري أيضا التمييز بين البطلان النسبي (La nullité relative) والبطلان المطلق (La nullité absolue) ولكن مجال البطلان المطلق في العقود الإدارية أوسع منه بالنسبة الى مجاله في عقود القانون الخاص ، وذلك لأن القواعد المقررة بالنسبة الى إبرام العقود الإدارية تتعلق بالصالح العام . ومن ثم يترتب على مخالفتها البطلان المطلق ، وهو المعنى الذي يكشف عنه حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٦٦ ، بخصوص الميوب التي تشوب محل العقد .

ولكن هناك بعض القواعد الأخرى المقررة لصالح الإدارة ، فلا تترتب على مخالفتها البطلان المطلق ، ومنها - فيما نرى - منع شراء الأصناف غالية الثمن ، أو الشراء في الشهر الأخير ، ومنها أيضا ما يتعلق بميوب الرضا^(١) .

٢ - والمسلم به أن القاضي هو الذي يملك وحده تقرير بطلان العقد . وهذا المبدأ لا شك فيه فيما يتعلق بالأفراد ، ولكنه يصدق أيضا بالنسبة الى الإدارة ، فبالرغم من سلطات الإدارة الواسعة والتي سوف ندرسها تفصيلا فيما بعد ، فإن المسلم به ، أمام مجلس الدولة الفرنسي ، أن الإدارة ملزمة أيضا بأن تلجأ الى القضاء للحصول على حكم ببطلان العقد ، وأنها لا تستطيع اعلان هذا البطلان بنفسها^(٢) . وذلك بطبيعة الحال ما لم يقرر المشرع غير ذلك ، وهو أمر نادر الحصول عملا .

(١) دي لوبادير ، المرجع السابق ، ص ٢٥١ .

(٢) حكم المجلس الصادر في ٥ مارس سنة ١٩٥٤ في قضية «Dile Souliers» منشور في مجموعة (Rev. jur. et per. de l'union fr.) سنة ١٩٥٤ ، ص ٦٢٤ ، مع تعليق الفوض «Jacomet» .

ولا يملك رفع دعوى البطلان الا أطراف العقد كما رأينا .

٣ - ويترتب على الحكم ببطولان العقد نتيجتان هامتان : تتملي الأولى بإلغاء الآثار التي تكون قد ترتبت على وجوده ، وتتملي الأخرى بتحديد مركز الطرفين المتعاقدين .

أولاً - إلغاء آثار العقد : يترتب على الحكم بإلغاء عقد من العقود ، اعتبار العقد كأن لم يكن ، ومن ثم فانه لا يمكن أن يترتب بذاته آثارا في مواجهة الطرفين المتعاقدين^(١) . فإذا كان أحد الطرفين المتعاقدين لم ينفذ التزاماته المتولدة عن العقد الباطل ، فانه لا يمكن الحكم عليه بالتعويض لهذا السبب^(٢) .

فإذا كان الطرفان قد بدءا بتنفيذ العقد ، فان الحكم بالفائه يقتضى اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التنفيذ . ومقتضى ذلك أن يزاد كل من الطرفين ما استلمه من الطرف الآخر تنفيذا للعقد المعكوم بالفائه .

ويطبق مجلس الدولة الفرنسي أحيانا في هذا الخصوص قاعدة (Nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans)

متى استوفت شروطها ، فلا يسمح للمتعاقد الذي نفذ التزامه باسترداد ما دفعه اذا كان في ذلك ما يمس الآداب ، تمشيا مع القواعد المدنية المقررة في هذا الخصوص^(٣) .

والذى يلاحظ في هذا الصدد أن المادة ١٤٢ من القانون المدني المصري الجديد ، قد حذف منها الفقرة الأخيرة والمتضمنة للقاعدة السالفة . فلقد كانت الفقرة الثالثة منها تنص على أنه : « لا يجوز لمن وفى بالتزام مخالف للآداب أن يسترد ما دفعه الا اذا كان هو

(١) حكم المجلس الصادر في ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٢ في قضية «Bongrand» المجموعة ص ٣٣٥ وقد جاء فيه :

«Le contrat nul n'a pu faire naître aucune obligation à la charge des parties» .

(٢) حكم «Bongrand» السابق .

(٣) حكم المجلس الصادر في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢١ قضية «Sevonnères Henri»

«Olive» مجلة القانون العام سنة ١٩٢٢ ص ١٥٧ مع تقرير الخوض : «Bivon» .

فى التزامه لم يخالف الآداب^(١) ولكن هذه النقطة لم تظهر فى الصياغة النهائية للمادة ١٤٢ ، وبالتالى يتمين على القاضى الإدارى المصرى أن يراعى هذا الفارق بين القانون المصرى والفرنسى :

٤ - على أن اعدام آثار العقد المحكوم بالفائه ، لا يعنى بالضرورة حرمان المتعاقد - سواء كان الفرد أو الادارة - من الحصول على تعويضات على أساس آخر . ولقد سبق أن ذكرنا أنه يمكن الحكم بتعويضات فى هذا المجال على أحد أساسين :

أولاً - **المسئولية التقصيرية** : وذلك إذا ثبت أن النام العقد يرجع الى خطأ أحد الطرفين المتعاقدين ، سواء أكان الادارة^(٢) أو الأفراد أو الخطأ مشترك من جانبهما معا^(٣) .

ثانياً - **الانصراف بلا سبب** : وذلك إذا تكلف المتعاقد نفقات عادت على الادارة بفائدة (dépenses utiles)^(٤) وهنا لا يتشدد القضاء الإدارى الفرنسى كما رأينا فى الحالات السابقة ، بل يكفى أن تمود النفقات التى يتحملها المتعاقد على الادارة بفائدة ، لتلتزم بالرد .

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، الجزء الثانى ، ص ٢٥٤ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ فى قضية «Sté smith» انجموعة ص ١٩٤٠ وقد جاء فيه :

«En poursuivant l'exécution des marchés (nuls) malgré l'opposition du ministre des finances, l'Office national des assurances a commis une faute de service qui engage la responsabilité de l'Etat».

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢٦ يوليو سنة ١٩٤٤ فى قضية «Ali Tor» انجموعة ص ٢١٧ ، وفى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فى قضية «Min. du Travail» دالوز سنة ١٩٥٠ ، ص ٧٦ تعليق فالين .

(٤) حكم المجلس الصادر فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ فى قضية «Daily» انجموعة ص ٩٠٥ ، وقد جاء فيه :

«Le requérant ne saurait tirer aucun droit des stipulations d'un tel contrat; dans ces conditions il est seulement fondé à obtenir le remboursement des dépenses qu'il a la commune supporté par lui».

القسم الثالث

الالتزامات التي تتولد عن العقود الادارية

ونتناول فيه على التوالى :

- أولا : الأسس العامة التي تحكم آثار العقود الادارية
- ثانيا : التزامات المتعاقد وسلطات الادارة فى مواجهته
- ثالثا : حقوق المتعاقد فى مواجهة الادارة
- رابعا : آثار العقود الادارية بالنسبة الى الغير

الباب الأول

الأسس العامة التي تحكم آثار العقود الادارية

مقدمة تمهيدية

تقوم فكرة العقد في مجال القانون الخاص ، على أسس معروفة ، أهمها قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين • وسوف نرى أن فكرة « العقد الادارى » كما صاغها القضاء الادارى الفرنسى ، وكما هي مطبقة أمام مجلس الدولة المصرى ، تختلف الى حد كبير عن نظيرتها المسلم بها مدنيا من حيث الآثار التي تترتب على العقود الادارية • فالى أى حد يختلف الوضع فى القانون الادارى عنه فى القانون الخاص ؟ وهل يعتبر العقد الادارى عقدا ، بالرغم من خروجه الى حد كبير على المبدأ الجوهرى فى العقود ، والذي يقضى بأن العقد شريعة المتعاقدين ؟

ذلك ما نريد أن نبدأ به قبل أن ندخل فى صميم الالتزامات التي تتولد عن العقود الادارية ، والتي تعتبر دراستها حجر الزاوية فى نظام العقود الادارية بمعناه الفنى الدقيق •

ومن ثم فائنا نتناول فى هذا الباب التمهيدي على التوالى دراسة الأسس الآتية :

أولا : العقد الادارى هو عقد بمعنى الكلمة •

ثانيا : دورنية الطرفين فى تحديد الالتزامات التعاقدية •

ثالثا : اتصال العقد الادارى بالمرفق العام وما يترتب على ذلك

من آثار •

رابعا : امتداد آثار العقد الادارى الى غير المتعاقدين فى بعض

الحالات •

المبحث الأول

العقد الإداري هو عقد بمعنى الكلمة

١ - المقصد ، وفقا للتعريف الفالب ، هو توافق ارادتين على أحداث أثر قانوني ، سواء كان هذا الأثر هو انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه^(١) .

وهذا التعريف يصدق بالنسبة الى العقود الإدارية ، كما هو الشأن بالنسبة الى عقود القانون الخاص . ولهذا رأينا أن مجلس الدولة الفرنسي ، الذي صاغ الأحكام الأساسية لنظرية العقد الإداري ، قد طبق الأحكام المدنية - بخلافها تقريبا - فيما يتعلق بأركان الرابطة التعاقدية ، وفيما يختص بميوب الرضا ، مما يؤيد أن العقد هو في جوهره عقد بالمعنى المعروف . وكل ما يؤخذ على الرابطة التعاقدية في المجال الإداري ، اعتبارات تتعلق بالنواحي الآتية :

أولا - القيود التي تفرضها التشريعات على الإدارة فيما يتعلق باختيار المتعاقدين معها .

ثانيا - كون دقاتر الشروط تحرر مقدما ، ولا يملك المتعاقد مناقشتها .

ثالثا - سلطات الإدارة الخطيرة في مواجهة المتعاقدين معها ، والتي لا نظير لها في عقود القانون الخاص .

ولا شيء من هذه الاعتبارات يمكن أن يؤدي الى اهدار الرابطة التعاقدية في مجال عقود الإدارة .

٢ - أما فيما يتعلق بفرض قيود على الإدارة بخصوص اختيار

(١) الوسيط للدكتور السنهوري ، المرجع السابق ص ١٣ ، ولقد كانت المادة ٢١٢ من مشروع القانون المدني تعرف العقد بأنه « اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على انشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها » ، وقد حنف هذا التعريف ، جريا وراء السياسة التشريعية التي تهدف الى تجنب الاكثار من التعريفات الفقهية . مجموعة الأعمال التحضيرية ، الجزء الثاني ص ١١ .

المتعاقد معها ، فلقد رأينا أن مرد ذلك الى المحافظة على قاعدة المساواة بين المتنافسين من ناحية ، وعلى تحقيق المصلحة المالية للإدارة من ناحية أخرى . ومع ذلك ، فلقد أوضحنا تفصيلا فيما سبق أن الإدارة تملك رغم جميع القيود ، سلطة تقديرية في عدم إبرام العقد ، حتى لا يفرض عليها التعاقد مع شخص لا تريد التعاقد معه . وهكذا تبقى للإدارة حرية أخيرة في التعاقد . هذا فضلا عن أن القيود التي ترد على حرية الإدارة في اختيار المتعاقد لا تتناول جميع العقود الادارية ، بل تقتصر على العقود التي وردت بخصوصها دون غيرها . وفيما عداها تسترد الإدارة حريتها على التفصيل السابق .

٣ - أما كون دفاتر الشروط تحرر مقدما ، ويقتصر دور المتعاقد على قبولها كما هي ، فإن هذا حق ، ولكن مرجع ذلك الى ضرورة احترام الإدارة في التعاقد لقواعد مقررة في التشريعات واللوائح الادارية لا تستطيع الخروج عليها . فهذه الدفاتر لا تقيد حرية التعاقد مع الإدارة فحسب ، ولكنها مفروضة على الإدارة أيضا الى حد كبير . ولكن هذه الحقيقة لا تنال من الطبيعة التعاقدية للعقود الادارية ، للأسباب الآتية :

أولا : يعرف القانون الخاص طائفة من العقود التي تفرض شروطها على أحد الطرفين المتعاقدين ، وهي عقود الاذعان *contrats d'adhésion* مع فارق بين عقود الاذعان في القانون الخاص وبين العقود الادارية : فالشروط الواردة في دفاتر الشروط ، ولو أن الإدارة هي التي تستقل بتحريرها مقدما ، الا أنها في حقيقة الأمر ملزمة بتلك الشروط ولا تستطيع أن تعدل فيها ، أو تتحرر منها . وهذا بعكس عقود الاذعان التي يفرضها الطرف الأقوى على الطرف الأضعف بمطلق حريته .

ثانيا : ان الشروط الواردة في دفاتر الشروط لا تلزم المتعاقد كما رأينا الا اذا أثير اليها صراحة في العقد المبرم بين الإدارة وبين

المتعاقد ، مما يقطع بصفتها التعاقدية • ولقد رأينا أنه اذا أشير الى بعض الشروط الواردة في دفتر معين ، فان هذه الشروط وحدها هي التي تحكم الرابطة التعاقدية • كما أن الادارة تملك - في حدود معينة - الخروج على بعض تلك الشروط في عقد خاص تبرمه مع الأفراد •

ثالثا : اذا عدلت دقاتر الشروط بعد التعاقد ، فان الشروط القانون الخاص ، ولكن مرجع ذلك كما سنرى الى صلة العقد الادارى التي أبرمت قبل التعديل •

رابعا : وأخيرا ، فان جوهر الرابطة التعاقدية - في القانونين العام والخاص - أنه بمجرد إبرام العقد يندو هذا العقد قانون الطرفين ، وبالتالي لا يمكن المساس بالرابطة العقدية عن طريق اجراء عام «par voie générale» ومن ثم فانه اذا عدل القانون الأوضاع التي تعاقدت الادارة في ظلها ، فان هذه التعديلات الجديدة لا تسري على عقود الادارة القديمة^(١) •

٤ - أما فيما يتعلق بسلطات الادارة الخطيرة في مواجهة المتعاقد معها ، فانها تخرج الى حد ما عن المألوف في الروابط العقدية في القانون الخاص ، ولكن مرجع ذلك كما سنرى الى صلة العقد الادارى بالمرفق العام ، تلك الصلة التي أدت الى تمييز العقد الادارى بخصائص ذاتية ، والا لما كان هناك محل لفكرة مستقلة للمقود الادارية • ومع ذلك ، فان فكرة العقد ، باعتباره توافق ارادتين ، لم تغب عن ذهن مجلس الدولة الفرنسى اطلاقا وهو يضع أسس العقد الادارى • وسوف نرى أثر ذلك فيما يتعلق بحق الادارة في تعديل

(١) مطول جيز ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ١٦٠ • وموجز بونار في القانون الادارى ، ص ٦١٦ ، ومطول دي لوبادير في القانون الادارى ، طبعة سنة ١٩٥٣ ، وملحقه ، ص ٤٣٥ •

ولكنه يجب التمييز هنا ، كما هو الشأن في القانون الخاص ، بين القوانين المقررة والقوانين الآمرة ، فالقوانين الآمرة ، تسرى على المقود الادارية القائمة وقت صدورهما • راجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر في ١٧ يوليو سنة ١٩٥٠ في قضية «Dilly» مجموعة سبرى سنة ١٩٥٠ ص ١١٧ •

التزامات المتعاقد مع الادارة بالنقص أو الزيادة ، بل وفي انهاء العقد بارادتها المنفردة وهو أخطر حقوق الادارة .

٥ - على أنه يجب مع ذلك ملاحظة أن من الاتفاقات الادارية التي تبرمها الادارة مع الأفراد ، ما لا يعتبر عقدا خالصا ، بل يعتبر عند التحليل الدقيق عملا قانونيا مركبا : فهو عقد من حيث أنه ينشئ مراكز قانونية ذاتية «situations juridiques subjectives» ولكنه عمل شرطى *act condition* من حيث أنه يسند الى المتعاقد مع الادارة مركزا قانونيا عاما ومنظما من قبل . وقد أتيح لمجلس الدولة الفرنسى أن يبرز المعنى السابق فيما يتعلق بالعقود التي تبرمها الادارة مع الأفراد بقصد الاستعانة بخدماتهم ، أى الموظفون المتعاقدون «Les contrats d'engagement d'agents» فالقوانين واللوائح تنظم جانبا من علاقة هؤلاء الموظفين بالحكومة ، وتترك الجانب الآخر تنظمه الرابطة التعاقدية . والملاحظ أن الجانب النظامى أهم كثيرا من الجوانب التعاقدية ، حيث لا تترك عادة للمقد الا تنظيم الجوانب المتعلقة بتحديد المدة ، وطريقة الفصل ، وتقدير المقابل^(١) .

بل ان المركز النظامى يفدو كل شيء فى بعض العقود ، مثل عقود التطوع للخدمة العسكرية «Les contrats d'engagement militaires» ففي هذه العقود يقتصر دور العقد على اخضاع المتعاقد للمركز النظامى الذى تحدده القوانين واللوائح ، مما حدا بالفقهاء الى التحدث عن العقود التي يتولد عنها مراكز نظامية !! «Les contrats attributifs de

(١) حكم المجلس الصادر فى ٤ مارس سنة ١٩٥٣ فى قضية «Syndicat national» مجلة القانون العام لسنة ١٩٥٣ ص ٥٧٦ وقد تناول المجلس فى هذا الحكم شرح النصوص التنظيمية التي تحكم الموظفين المتعاقدين .

وراجع أحكامه الصادرة فى ١٥ فبراير سنة ١٩٥٠ فى قضية «Dlle. Philippon» المجموعة ص ١٠٧ ، فى ٢٢ يوليو سنة ١٩٣٨ فى قضية «Varchères» مجلة القانون العام سنة ١٩٣٨ المجموعة ص ٨١٩ .

وراجع مؤلف الفقيه «plantoy» بعنوان «traité pratique de la fonction publique» ص ٢٦ وما بعدها .

« situation statutaires » مع أن المسلم به أن العقد ، يولد مراكز شخصية أو ذاتية لا مركز نظامية^(١) .

ويكون دور العقد مقصورا على مجرد تحديد مدة خضوع المتطوع لهذا المركز النظامي . ويترتب على هذا التمييز في شروط تلك الاتفاقات المركبة ، أن جانبها التعاقدى يخضع للنظام القانوني المقرر للمقود ، من حيث عدم خضوعها للتشريعات الجديدة ، بعكس الجانب التنظيمي الذي تحكمه التشريعات الجديدة^(٢) .

٦ - ولقد أخذت محكمة القضاء الإداري المصرية بأفكار مقارنة من الأفكار السابقة وذلك في حكمها الصادر في ٢٨ يناير سنة ١٩٥٧ حيث تقول : « ان العقد الذي وافق مجلس الوزراء على أنموذج منه في ٣١ سبتمبر سنة ١٩٥٠ تنفيذا للمادة ٢٦ من قانون الموظفين التي تنص على أن تسرى على الموظفين المؤقتين » (المادة) ان العقد المذكور لا يعتبر سندا فرديا ، بل هو تنظيم عام لحالة هؤلاء الموظفين ، بحيث لا يجوز أن يختلف من موظف لآخر الا في حدود ضيقة جدا نص عليها ذلك السند . وفيما عدا ذلك فقد نص على أن يكون الموظف من جميع الوجوه خاضعا للقوانين واللوائح الخاصة بالموظفين الجارى العمل بها أو التي سيعمل بها في الحكومة المصرية . ومثل هذا الوضع لا يجعل الموظف في حالة تعاقدية ، وإنما في حالة قانونية لا تعية يخضع فيها للقوانين ، ولا يجوز مخالفتها خارج ما سمح به العقد . ومثل هذا التصرف ليس عقدا في المعنى القانوني ، ولكنه تصرف شرطي يؤدي الى ادخال صاحبه في نظام قانوني معين لامحيص

(١) حكم المجلس الصادر في قضية «Michaux» في ٢٩ يناير سنة ١٩٤٧ وقد سقت الإشارة اليه . وفي قضية «Schmitt» في ١٣ يونية سنة ١٩٤٧ ، المجموعة ص ٢٥٧ وقد ورد في هذا الحكم بخصوص عقد التطوع قول المجلس :
« Un tel contrat n'implique pas que l'Etat soit lié envers l'engagé par des stipulations synallagmatiques ... mais qu'il a seulement pour effet de la soumettre jusqu'à la date fixée par ledit contrat aux mêmes obligations et au même statut militaire que les individus normalement appelés par l'ordre de mobilisation » .
ولقد انتقد الفقيه دي لوبيدير هذا المسلك بشدة ، مطوله في المقود الجزء الأول ، ص ٨ .

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية «Syndicat national» السابقة .

من التزامه ، وفى هذا المجال تكون الادارة مقيدة بالقانون ، ولا يجوز لها أن تتجاوزته . وفى الموضوع لم تقر المحكمة الادارة على تخفيض مرتب الموظف المحدد فى عقده عما تقضى به القوانين واللوائح^(١) .

ولقد تبنت المحكمة الادارية العليا ذات المبادئ ، فهى فى حكمها الصادر فى ٢١ يونية سنة ١٩٥٨ (السنة ٣ ص ١٩٨٦) تقول : « ومن حيث انه يجب التنبيه بى بى الى أن علاقة الحكومة بالموظفين المعيّنين على وظائف مؤقتة أو لأعمال مؤقتة ، كما هو الشأن فى المدعى ، ليست علاقة عقدية بل هى كذلك علاقة قانونية تنظمها القوانين واللوائح . وغاية الأمر أنهم يخضعون فى توظيفهم وتاديبهم وفصلهم للأحكام التى صدرت أو تصدر بها قرارات من مجلس الوزراء . وقد نظم هذا المجلس بقرارات منه صيغة عقد الاستخدام الذى يوقعه من يعين من هؤلاء من خدمة الحكومة . والعلاقة القانونية على مقتضاه ، وبحسب صيغة العقد ، هى علاقة مؤقتة لمدة محدودة ، وتنتهى بالأدوات القانونية الثلاث التى نصت عليها المواد ١ ، ٦ ، ٨ ، من العقد . » وطبقت ذات المبادئ فى خصوص العلاقة بين من يتطوع للخدمة فى الشرطة وبين الادارة (حكمها الصادر فى ١٢ يولية سنة ١٩٥٨ ، السنة ٣ ص ١٦٠١) وفى شأن علاقة المتطوع للخدمة بمصلحة خفر السواحل والادارة (حكمها الصادر فى ١٨ مارس سنة ١٩٥٩ ص ٤ ص ١٠٢٣) .

ثم ان قضاء مجلس الدولة المصرى وفتاويه مطردة — كما رأينا — على أن عقد الامتياز هو عقد مركب يحتوى على جانب تنظيمي .

ولكننا وجدنا جملة لملمها جاوزت قصد محكمة القضاء الادارى اذ حاولت فيها أن تعمم المركز النظامى على جميع العقود الادارية ، وكان ذلك فى حكمها الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٥٦^(٢) ، حيث تقول « . ومن ثم فان شروط المناقصة تضمها الادارة بمفردها ولا

(١) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ١٠ ، ص ١٧٨ وما يندما .

(٢) السنة الماثرة ص ٣٥٩ .

تناقش فيها المتعهد الذي يجب أن يقبلها في جملتها فيخندو في مركز تعاقدى شكلا ، تنظيمى موضوعا . . . والشروط العامة لمقدمى المطالبات على السواء تعتبر شروطا لائحية لا تعاقدية « (١) » .

وهذا التعميم على اطلاقه غير سليم ، ويهدم الفكرة التعاقدية في العقود الادارية . فمجرد اعداد شروط العقد مقدما لا يمكن بذاته أن يجعل مركز المتعاقد مركزا نظاميا كما هو الشأن في عقود الاذعان كما ذكرنا ، هذا فضلا عن أن الادارة تملك مفاوضة المناقصين في شروط المناقصة في بعض الحالات . فاذا تعاقد الفرد بعد ذلك ، فانما يتعاقد في ظروف تتشابه الى حد كبير مع ظروف القانون الخاص .

(١) وليس الحكم المشار اليه في المتن هو الحكم الوحيد الذى أشار الى تلك الفكرة ، بل وجدناها مكررة في أحكام أخرى من أوضاعها حكم محكمة القضاء الادارى الصادر في ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٧ قضائية) وهو أطول حكم رأيته في حياتي ، اذ بلغت حيثياته أكثر من سيمعانة صفحة !!! وقد جام فيه ، يمد أن قارنت المحكمة بين عقود القانون الخاص ، والعقود الادارية ، وأوضحت أن الادارة في العقود الادارية تستهدف المصلحة العامة دائما قولها : « ولتحقيق ذلك تتمتع جهة الادارة في العقود الادارية بحقوق وسلطات واسعة ، منها أنها هي التي تنفرد بوضع الشروط الخاصة بالمعاملات دون أن يكون للمتعاقد فرصة الاشتراك في صياغتها ومناقشتها ، وليس لمن يريد التعاقد معها الا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها . وفي هذه المرحلة تنقلص ارادة المتعاقد ولا تظهر ، بل يكون هناك ارادة منفردة . . . وهي الجهة الادارية ، التي انفردت بوضع شروط معينة ثم عرضها على من يرضأها ويقبلها . وإذا حدث في بعض الأحيان وقام من يرضع في التعاقد بتعليق قبوله على بعض تحفظات يبدئها ، الا أنه منذ اللحظة التي يعطى فيها هذا القبول يخضع في الواقع من الأمر لالتزامات لم يشترك في صياغتها أو يناقش فيها . وإذا كان هذا المتعاقد قد عرف هذه الالتزامات قبل أن يعطى موافقته وعرف الزايات التي تعود عليه مقابل هذه الالتزامات الا أن ذلك لا يمنع من القول بأن شروط العقد الموضوعية مظهر لارادة لها سلطة الزام من يقبل أن يكون خاضعا لقانونها . وهذا القانون - وهو دستور العقود الادارية - يعطى جهة الادارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد . . . الخ وهذا كله دون أن يحتج عليها بقاعدة قوة العقد الملزمة أو بقاعدة أن العقد شريعت المتعاقدين بالمعنى المفهوم من ذلك في القانون المدنى . فاذا ما استعملت جهة الادارة حقها الأسفل في املاء شروطها على المتعاقد الذى ليس له الا أن يقبلها أو يرفضها ، فانه اذ قبلها أصبح في مركز تعاقدى شكلا ، تنظيمى موضوعا ، ومن هنا ينشأ من العقود الادارية مراكز خاصة تختلف تماما عن تلك التي تنشأ في ظل العقود المدنية ، ولذلك فانه مما يخرج من نطاق الجدل ، أن المبادئ الأساسية في القانون الخاص لا تطبق على اطلاقها بالمقياس الى العقود الادارية ، بل تخضع هذه العقود لقواعد خاصة تحكمها ويفصل في منازعتها على مدى المبادئ التي استقرت في القانون الادارى » .

وإذا كان العقد الإداري يؤدي دور العمل الشرطي في بعض الحالات فهي حالات استثنائية ، يستلزمها سير المرفق العام . ولما كانت الأعمال القانونية - ومنها العقد - هي وسائل لتحقيق الآثار القانونية المطلوبة ، فيجب أن تحور لتستجيب لحاجات المجتمع المتجددة . والملاحظ في الدول الحديثة ذات الطابع الاشتراكي ، أن ثمة تقاربا بين مراكز القانون العام والخاص ، وبالتالي فإن مركز الموظف التعاقدى قد اقترب جدا من مركز الموظف الذى يخضع للمركز النظامية ، ومن هنا كان التطور الذى ألمعنا اليه في القانونين الفرنسى والمصرى .

ولكن بالرغم من كل ما سبق ، فإن العقد الإداري هو عقد من حيث أنه يقوم على توافق ارادتين ، وأن كلا من الإدارة والمتعاقد معها يقبل مختارا الالتزام بما يفرضه العقد من التزامات . وهذا هو جوهر الرابطة التعاقدية ، وما يميزها عن القرارات الإدارية التى تصدر عن الإرادة المنفردة .

٧ - وهذا المعنى الأخير أبرزته محكمة القضاء الإداري المصرية فى حكمها الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٧ قضائية) حيث تقول : « انه وإن كانت جهة الإدارة هي التى تستقل حقيقة بصياغة العقد الإداري ، ووضع شروطه سلفا ، وبغير اشراك المتعاقد المتخضر فى شيء من ذلك معها ، الا أن ذلك لا يعنى أن الأفراد يقبلون هذه الشروط أو يرتبطون بها دون أن يكونوا راضين عنها ورغبين فيها ، ذلك بأنهم يطلمون على هذه الشروط ويدرسونها ويبدون بشأنها ما يرون من تحفظات يرفقونها بعباءاتهم . ومن ثم فإن ارادة المتعاقد مع الإدارة ليست أجنبية فى تكوين العقد وإبرامه ، بل هي ماثلة وواضحة فى أن شروطا معينة تعرض عليه فيدرسها ويقدر المزايا التى تعود عليه منها والالتزامات المفروضة عليه بمقتضاها ويوازن بين هذا وذلك ، ثم ينتهى من ذلك - وبكامل حريته ورضاه - اما الى قبولها أو رفضها أو تعليق قبوله على شروط أو تحفظات يبديها . ومن ثم فإنه اذا تعاقد فإن التعاقد يتم وهو

علم تام بجميع ظروف العقد والنتائج المترتبة عليه ، فثمة قبول حقيقي تتوافر فيه عناصر التعاقد والارادة المشتركة للمتعاقدين .
 على أن المظهر الذي يبدو في استقلال جهة الادارة بوضع شروط العقد وحريتها في التعاقد ليس في حقيقته مركزا متميزا عن مركز الأفراد أو أنها تتمتع في هذا الشأن بحرية تمتنع على الأفراد ، بل الواقع من الأمر انه اذا وضعت حرية التعاقد موضع الاعتبار والموازنة لظهر بجلاء أن الحرية الادارة في التعاقد حدودا وقيودا صارمة ، منها ما يتصل بموضوعه وبما يتضمنه العقد من نصوص ، ومنها ما يتصل بحرية اختيار الشخص الذي تتعاقد معه جهة الادارة . فمن حيث الشكل لا يجوز ابرام بعض العقود بغير استفتاء هيئات خاصة . ومن حيث الموضوع واختيار الطرف الآخر في العقد ، فانه بالنظر الى أن الأشخاص المعنوية العامة مقيدة بقاعدة التخصص ، فانه لا يجوز لها أن تتعاقد الا بشأن الموضوعات الداخلة في اختصاصها . وحتى بالقياس الى هذه الموضوعات فانها قد لا تستطيع أن تتعاقد مع أى شخص تختاره ، بل عليها أن تسلك في هذا سبلا معينة ، وتتبع اجراءات خاصة لضمان اختيار المتعاقد الذي يتقدم بأفضل العروض والشروط المالية والفنية . وأخيرا فان الأشخاص المعنوية مقيدة بنصوص معينة مفروضة عليها ، اذ أنه يتحتم عليها ابرام عقودها طبقا ل نماذج عامة موحدة ، بل أنه يجب عليها ادراج بعض الشروط في تلك العقود ، ولا يجوز للهيئات الادارية أن تعيد عن تلك النصوص الا بترخيص خاص ، وفي أحوال استثنائية . وحتى الشروط الاستثنائية الغير مألوفة لا يجب حتما أن تكون شروطا رضائية مضمنة في العقد ، ويتفق عليها الطرفان عند ابرامه ، بل ان القانون قد يفرض هذه الشروط سلفا ويستلزم وجودها النظام الموضوع لادارة المرفق العام أو المساهمة فيه أو في تسييره ، فتكون هذه الشروط مضمنة في قواعد تنظيمية أو تشريعية قائمة في الأصل ويخضع العقد مباشرة لها عند ابرامه » .

كما أن المحكمة الادارية العليا تؤكد جميع المعاني السابقة ، وتبرزها في حكمها الصادر في ٨ أبريل سنة ١٩٦٧ (س ١٢ ، ص ٨٨٢) حيث تقول : « غير أنه لما كان المقعد الادارى ، شأنه شأن سائر العقود الادارية التى تخضع لأحكام القانون الخاص ، يتم بتوافق ارادتين يتجهان الى احداث أثر قانونى معين ، هو انشاء التزام أو تعديله ، وليس عملاً شرطياً يتضمن اسناد مراكز قانونية عامة موضوعية الى أشخاص بذواتهم ، فاذا ما توقع المتعاقدان فى المقعد خطأ معيناً ، ووضعاً له جزاء بعينه ، فيجب أن تنقيد جهة الادارة بما جاء فى المقعد ، ولا يجوز لها - كقاعدة عامة - أن تخالفه أو تطبق فى شأنه نصوص لائحة المناقصات ، لأن الأحكام التى تتضمنها اللائحة كانت ماثلة أمامها عند ابرام المقعد » .

المبحث الثانى

دور نية الطرفين فى تحديد الالتزامات التعاقدية

١ - لما كان العقد الادارى رغم كل شيء هو عقد كسائر العقود ، فانه من المتعين أن يرجع الى نية الطرفين المشتركة «La commune intenti on» لتحديد التزامات كل من المتعاقدين فى العقود الادارية كما هو الشأن فى سائر العقود . ومن ثم فان الملاحظ فى هذا الخصوص ، أن مجلس الدولة الفرنسى يلجأ الى النصوص المقررة فى المجموعة المدنية فيما يتعلق بكيفية تفسير العقد ، وهى نصوص مبنياها نية الطرفين . فهو كثيرا ما يطبق ، بل وأحيانا يذكر صراحة :
- المادة ١١٥٦ من المجموعة المدنية الفرنسية التى توجب البحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين دون الوقوف عند ظاهر النصوص الواردة فى العقد^(١) .

- والمادة ١١٥٧ التى تتطلب حمل الشروط التى ترد فى العقد على اقرب المعانى اتفاقا مع نية الطرفين وما يؤدى الى ترتيب آثار عليها ، وذلك فى حالة احتمال تلك الشروط لأكثر من معنى^(٢) .
- والمادة ١١٦١ التى تجعل من الاتفاق وحدة كاملة فى تفسير شروطه ، بحيث يفسر كل شرط على ضوء باقى الشروط^(٣) .

والمادة ١١٣٥ التى توجب عدم قصر الالتزامات المتولدة عن العقد

(١) حكمه فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ فى قضية «Depart. des Côtes du-Nord» المجموعة ص ٩٠٠ وفى ٥ يناير سنة ١٩٥١ فى قضية «Cne. de Lesparre» المجموعة ص ٣٠ ، وفى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥١ فى قضية «Sté Citroën» المجموعة ص ٥٠٧ .

(٢) حكمه فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ فى قضية «Depart. des Cotes-du-Nord» المشار اليه فى الهامش السابق .

(٣) حكمه فى ٢١ يناير سنة ١٩٤٤ فى قضية «Sté. d'entreprises» المجموعة ص ٢٢ وقد جاء فيه :

«Il résulte de l'ensemble des stipulations du contrat, dans la commune intention des parties».

على ما ورد به صراحة ، ولكن تسحبها لتشمل كل ما تقضى به العدالة أو العرف أو القانون حسب طبيعة المقدد^(١) الخ .

٢ - ولكن تطبيق مجلس الدولة الفرنسى للقواعد المدنية فى هذا الخصوص ، لا يعنى التزام تلك القواعد حرفيا ، لأن المجلس يهجرها كلما تطلبت مقتضيات الصالح العام ذلك . ومن هذا مثلا ، أن مجلس الدولة الفرنسى لا يلتزم نص المادة ١١٦٢ من القانون المدنى والتي تقضى بأنه فى حالة الشك يفسر الالتزام لصالح المدين ، ذلك أن اتصال المقدد بالمرفق العام لا يسمح بأعمال تلك القاعدة على إطلاقها ، لأنه لا يمكن التضحية بالصالح العام إطلاقا .

٣ - بل ان غلاة المتشيعين للمفكرة المدنية فى العقود ، قد حاولوا رد السلطات الاستثنائية التى يعترف بها القضاء للإدارة الى فكرة « النية المشتركة » للطرفين ، ومن ثم فقد أرجعوا الى هذه الفكرة ، مبدأ التوازن المالى للمقدد^(٢) *L'équilibre financier du contrat* ، والتمويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة التى تصادف المفاوض عند التنفيذ *«l'indemnisation des sujétions imprévues»* ونظرية عمل الأمير *«fait du prince»*^(٣) الخ مما سوف نستعرضه فى موضعه من هذا المؤلف . ولكن الحقيقة - كما سنرى - أن ذلك مغالاة فى تفسير النية المشتركة للطرفين ، وإهدار للخصائص الذاتية لنظرية العقود الادارية ، ولهذا يمكننا أن نؤكد من الآن أن نية الطرفين تؤدى دورها كاملا فى خارج النطاق الذى تستلزمه الخصائص الذاتية للمعقود الادارية .

٤ - ولقد أتيت محكمة القضاء الادارى المصرية - منذ تاريخ مبكر - أن تحدد بالتفصيل دور نية المتعاقدين فى تحديد الالتزامات

(١) حكمه فى ١١ يوليو سنة ١٩٥٤ فى قضية «Resimbando» المجموعة ص ١٨٩ وفى ٢ يوليو سنة ١٩٥٤ فى قضية «Galopins» مجلة القانون العام سنة ١٩٥٥ ص ٢٢٧ .

(٢) De este, J. C. P. 1950. 1. 817 .

(٣) جيز ، مرجعه فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٦٩١ .

(٤) موهر بوناو السابق ، ص ٦٤١ ، ومؤلف جيز السابق ، ص ٦٨١ .

التعاقدية ، وتفسيرها ، وذلك فى أطول حكم أصدره مجلس الدولة المصرى - بل القضاء المصرى بصفة عامة - ونعنى به حكمه الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٧ قضائية) وقد حرصت المحكمة فى هذا الحكم على إبراز العلاقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص فى هذا الصدد حيث تقول :

« انه وإن كان القانون الإدارى قد أخذ فى خلال القرن الماضى يستقل بمبادئه ونظرياته عن القانون المدنى كما سبق البيان ، إلا أن قواعد القانون الإدارى فى استقلالها عن القانون المدنى ليست مرتبة واحدة . وإذا كان بعض هذه القواعد قطع الصلة إطلاقاً بالقانون المدنى ، فإنه لا يزال البعض الآخر منها يمت الى قواعد القانون المدنى بصلة . وبينما توجد طائفة من قواعد القانون الإدارى لا مقابل لها فى القانون المدنى ، مثل القواعد التى تقرر لجهة الإدارة امتيازات معينة تسمح لها بإرغام الأفراد على القيام بما تأمرهم به من أعمال - مخالفة بذلك مبادئ القانون الخاص التى تقضى بالمساواة بين إرادة كل من الطرفين - توجد طائفة أخرى هى نفس قواعد القانون الخاص . ولكن هذا لا يعنى أن القانون الإدارى اذ يطبق هذه الطائفة من القواعد يفقد استقلاله ، بل أن اتحاد القاعدة فى كل من القانونين مرجعه الى أنه فى حالة معينة بالذات اقتضت الضرورات ومبادئ القانون العلبى وقواعد العدالة أن تطبق نفس القاعدة . والقانون الإدارى حين يطبق تلك القاعدة ، إنما يقصد فقط نقلها الى نطاقه وادماجها فى قواعده الخاصة التى يطبقها على المنازعات الإدارية . ومن بين هذه الطائفة الأخيرة - فى نطاق تفسير العقود الإدارية - القاعدة الأصولية العامة فى التفسير وهى أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين . أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الجرفى للالفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل وبما ينهى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للمعرف الجارى فى المعاملات

... فهذه القاعدة وان كانت مقننة فى القانون الخاص (المادة ١٥٠ مدنى) الا انها تطبق على العقود الادارية ايضا ، وتقرر أصلا عاما فى تفسير هذه العقود اعتبارا بأنها تقنن مبادئ تمليها طبيعة الأمور ومقتضيات العدالة ، مما لا يختلف فيه روابط القانون العام عن روابط القانون الخاص . ومقتضى هذه القاعدة أنه اذا كانت عبارة المقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على ارادة المتعاقدين . الا أنه لا يجب أن يفهم من ذلك أن العبارة اذا كانت واضحة فلا يجوز تفسيرها ، بل ان القاضى قد يجد نفسه فى حاجة الى تفسير العبارات الواضحة منها بلغ من وضوحها وسلس معناها ، وارتفع عنها اللبس والايهام ، ذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الارادة ، فقد تكون العبارة فى ذاتها واضحة ، ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساء استعمال هذا التعبير الواضح فقصدوا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى بل هو واضح فى معنى آخر . ففى هذه الحالة لا يأخذ القاضى بالمعنى الواضح للفظ ويجب أن يعدل عنه الى المعنى الذى قصد اليه المتعاقدان وذلك بشرطين : الأول : هو أن يفترض بادئ الأمر أن المعنى الواضح من اللفظ هو ذات المعنى الذى قصد اليه المتعاقدان فلا ينحرف عنه الى غيره من المعانى الا اذا قام أمامه من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك . والثانى : هو أن القاضى اذا عدل عن المعنى الواضح الى غيره من المعانى لقيام الأسباب المبررة لذلك ، وجب عليه أن يبين فى حكمه هذه الأسباب . وعلى مقتضى هذا يكون للحكمة السلطة التامة فى تفسير صيغ العقود الادارية والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه أوفى بمقصود المتعاقدين ، مستعينة فى ذلك بجميع ظروف الدعوى وملاساتها . ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر الى خلافه على أن تبين الأسباب التى من أجلها عدلت عن الظاهر الى خلافه وكيف أفادت تلك الأسباب التى من أجلها عدلت عن الظاهر الى خلافه وكيف أفادت تلك الصيغ هذا المعنى الذى اقتضت به ورجحت أنه هو مقصود المتعاقدين .

« ومن حيث انه من المتعين في مقام تفسير العقود البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، اذ العبرة انما تكون بالارادة الحقيقية (الباطنة) على أن تكون هي الارادة المشتركة للمتعاقدين لا بالارادة الفردية لكل منهما ، لأن هذه الارادة المشتركة هي التي التقى عندها المتعاقدان ، فهي التي يؤخذ بها دون اعتداد بما لأى متعاقد من ارادة فردية لم يتلاق مع المتعاقد الآخر فيها . ومن العوامل التي يستهدى بها القاضى للكشف عن هذه النية المشتركة ، ما يرجع الى طبيعة التعامل حيث يختار القاضى المعنى الذى تقتضيه طبيعة العقد : اذ المقول أن المتعاقدين قصدا أن يتركا العقد محكوما بالقواعد التي تقتضيهما طبيعته ، ما لم يصرحا بخلاف ذلك . ومن العوامل الموضوعية التي يسترشد بها القاضى أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم وأن عبارات العقد يفسر بعضها بمضا ، بمعنى أنه لا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات ، بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءا من كل هو العقد ، فقد تكون العبارة مطلقة ولكن تحددها عبارة سابقة أو لاحقة ، وقد تقرر العبارة أصلا يرد عليه استثناء قبلها أو بعدها . وقد تكون العبارة مبهمة وتفسرها عبارة وردت فى موضع آخر . كما أن من العوامل الخارجية فى تفسير العقد الطريقة التي ينفذ بها وتكون متفقة مع ما يوجبه حسن النية فى تنفيذ العقود ، وحيث لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام . »

« ومن حيث ان رجال القانون المدنى لا يعتبرون قواعد التفسير المقررة فى القانون المدنى والمضمنة نصوصه ، قواعد أمرة بالرغم من أن الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ مثلا تنص صراحة على أنه « . . . يجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين . . . » الخ . »

كما أنهم يرون أن قواعد التفسير المقررة فى القانون المدنى انما تقوم على حسن الفهم والادراك ، وأن هذه المواد انما وضعت

لتعيين القاضى على الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين . فاذا كان هذا هو الشأن فى مجال القانون الخاص بقواعده المقتنة ، فان القانون الادارى - وهو غير مقتن - أولى بأن تسوده نفس الفكرة ، بمعنى أن يكون تفسير العقود الادارية قائما على حسن الفهم والادراك ومقتضيات العدالة . وأن يكون مناط التفسير وهذا الأساس ، الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين ، وألا تتحكم فيه المباني دون المعانى ، وعلى أن يراعى فى هذا كله ما تتميز به العقود الادارية عن العقود المدنية من خصائص وطبيعة تجعل لها نظاما قانونيا يختلف جسد الاختلاف عن النظام الذى تخضع له العقود المدنية ويضفى عليها طابعا خاصا بها قائما بذاته . وعلى رأس هذا النظام القانونى الخاص بالعقود الادارية ، تبرز قاعدة أساسية جوهرية تسود قواعد تفسير العقود الادارية ، هى أن هذه العقود تقوم أولا وقبل كل شئ على فكرة المصلحة العامة وضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد . فاذا ما دعت الحال الى الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين ، فانه يجب أن يتجه الرأى الأول الى أن هذه النية ليست الا تحقيق المصلحة العامة وحسن سير المرفق . ومن هنا وصفت العلاقة بين طرفى العقد الادارى بأنها علاقة تماضد وتساند ومعاونة لتنفيذ العقد على أحسن وجه ، بما ينبى أن يتوافر فى الطرفين من أمانة وثقة واحترام للمهد المقطوع ووفاء بالالتزامات التى يفرضها العقد . ومتى كانت نية الطرفين تلتقى عند المصلحة العامة ، فانه ما لم تتعارض مصلحة أحدهما مع المصلحة العامة ، فانه لا محل للالتجاء الى تفسير العقد . أما حينما تتعارض مصلحة أحد الطرفين - وبعبارة أدق المصلحة الشخصية للمتعاقد مع الادارة - مع المصلحة العامة ، فانه ينبى أن يكون التفسير الى جانب المصلحة العامة ، أى ضمان حسن سير المرفق بانتظام واطراد .

« ومن حيث ان القضاء الادارى فى صدد تفسير العقود الادارية يهتم اهتماما بالغا بجروح العقد الادارى وطابعه الخاص ، فيطرح

من قواعد التفسير المقررة في القانون الخاص ما لا يتلائم معها ، ومن أجل ذلك فإنه عند تفسير المقعد الإداري يجب أن يكون مفهوما أنه ليس لفكرة الإذعان نفس المعنى المعروفة به في القانون الخاص ، ذلك أن القانون المدني عندما تعرض لفكرة الإذعان في العقود المدنية بالنسبة للعقد المذعن ، فأقام لمصلحه استثناء من أحكام القواعد العامة للتفسير : الاستثناء الأول - ما نصت عليه المادة ١٤٩ من أنه « إذا تم المقعد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعمى المدعى منها ، وذلك وفقا لما تقتضى به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » وفي هذه الصورة خرج الشارع على الأصل المقرر في قواعد التفسير من أن الحاجة إلى التفسير لا تعرض متى كانت عبارة المقعد واضحة ، ففي هذه الحالة تطبق شروط التعاقد كما أفرغت ... خرج الشارع على هذا الأصل فيما يتعلق بما يدرج في عقود الإذعان من الشروط الجائرة ، فقرر الالتجاء إلى التفسير بشأنها ولو كانت واضحة العبارة بينة السياق ، وجعل مهمة القاضي أن يتثبت في هذه الحالة مما إذا كان العقد المذعن قد تنبه إلى هذه الشروط ، فإذا استوثق من تنبه هذا العقد إليها تحتم عليه امضاء حكمها رعاية لاستقرار المعاملات .

أما إذا تبين أن العقد المذعن لم يتنبه إلى الشروط الجائرة ، فعملية أن يستبعدها وينزل على أحكام القواعد العامة ... وفي هذا النطاق الضيق يطبق هذا الاستثناء فلا يبلغ الأمر حد استبعاد الشرط الجائر بدعوى أن المدعى أكره على قبوله متى تنبه إليه هذا العقد وارتضاه ، لأنه لا يجوز أن يختلط الإذعان بالاكراه ، بل إن التوحيد بينهما أمر ينبو به ما يتنبى للتعامل من أسباب الاستقرار . والاستثناء الثاني - ما نصت عليه المادة ١٥١ من أن « الشك يغسر في مصلحة المدين ، ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن » ... فالقاعدة الأساسية في القانون الخاص أنه إذا عرض ما يدعو

الى تفسير العقد وبقي الشك يكتنف ارادة المتعاقدين المشتركة رغم اعمال احكام التفسير المقررة فى القانون المدنى ، فان هذا الشك يفسر فى مصلحة المدين دون الدائن . ومرد هذه القاعدة أن الأصل فى الذمة البراءة ، وعلى الدائن أن يقيم الدليل على وجود دينه باعتبار أنه يدعى ما يخالف هذا الأصل ، فاذا بقى شك لم يوفق الدائن الى ازالته فمن حق المدين أن يفيد منه ، وبذلك يفسر الشك فى مصلحة المدين عند غموض عبارة التعاقد غموضا لا يتيح زواله ، فاستثنى الشارع من حكم هذا الأصل عقود الاذعان وقضى أن يفسر الشك فيها لمصلحة المتعاقد المذعن ، دائئا كان أو مدينا ، لافتراض أن الماقد الآخر ، وهو أقوى المتعاقدين ، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يعرض على المذعن عند التعاقد شروطا واضحة بيينة . فاذا لم يفعل ذلك أخذ بخطئه أو تقصيره وحمل تبعته لأنه يعتبر متسببا فى هذا الغموض وظاهر مما تقدم أن فكرة الاذعان عند رجال القانون المدنى اذ تستند فى احدى صورها الى وجود « شروط جائرة » فى العقد ، هذه الفكرة لا تتسق مع طبيعة العقود الادارية وما تتميز به من شروط استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص . كما أن هذه الفكرة اذ تستند فى صورة أخرى الى « حماية الطرف الأضعف » فانها تقصد الشخص الذى تضطره الظروف الى القبول بدون مناقشة الايجاب الذى يمرض عليه . . . وهو ما لا ينطبق على القبول الذى يصدر ممن يريد التعاقد مع جهة الادارة ، اذ لا يمكن التسليم بأنه يوجد فى ظروف تضطره الى هذا القبول . كما أن جهة الادارة وهى تمرض شروطها على من يرغب فى التعاقد معها فانما تعرضها لتكون موضع الدراسة والتقدير ثم القبول المطلق أو القبول المشروط أو الرفض . ومن ثم فانه لايجوز أن تتحمل وحدها تبعه غموضها . . . وعلى هدى ما تقدم يكون لفكرة الاذعان فى العقود الادارية معنى يختلف تماما عنها فى العقود المدنية ، وهو معنى خاص يقوم على أن العقود الادارية - من حيث الشكل - تأخذ شكل عقود الاذعان عندما تنفرد جهة الادارة بوضع شروطها سلفا وبدون أن يناقشها عند وضعها المتعاقد المنتظر ، وعلى

أن الاذعان فيها لا يعنى الا تدعيم مركز الجهة الادارية المتعاقدة والزام التعاقد معها بأن يقبل خضوعه لقانونها - وهذا بالبدهة مشروط باحترام قاعدة حسن النية التى تلتزم بها الجهة الادارية كما يلتزم بها التعاقد معها - وأن الشروط التى تنفرد بوضعها الجهة الادارية ليست الا مرادفا لاعتبار أن للعقد طبيعة ادارية » .

وفى حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٣ مارس سنة ١٩٥٧ (السنة ١١ ، ص ٢٣٨) اوضحت دور العرف فى تفسير العقود الادارية حيث تقول ، بصدد كلمة « النور » الواردة فى عقد استغلال مقصف بمبنى حكومى : « وترى المحكمة ، وهى فى صدد تفسير هذا النص ، أن النية المشتركة للمتعاقدين فى تعامل طبيعته ، ووفقا للعرف الجارى فى هذا النوع من المعاملات ، أن معنى كلمة « النور » فى هذا النص لا تنصرف الا الى الاضاءة وحدها ، ولا يمكن أن تشمل ما ذهب اليه المدعى من معنى التيار الكهربائى ... ومن حيث أن نصوص التعاقد ، مفسرة بما تمليه طبيعة التعامل ، وبما ينبى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى فى مثل هذه الأحوال ، تتجه كلها الى القطع بأن المقصود بكلمة « النور » هو الاضاءة اذا استدعت مواعيد العمل فى المصلحة أن يقوم البوفيه بالعمل ليلا ... »

٥ - كما أن المحكمة الادارية العليا تردد فى أحكامها الحديثة ذات المبادئ ، ومن ذلك على سبيل المثال :

حكمها الصادر فى ٢٠ مايو سنة ١٩٦٧ (ص ١٢ ، ص ١٠٧) وفيه تقرر : « من المتعين - فى تفسير العقود الادارية - البحث عن النية المشتركة للطرفين ، دون الوقوف عند المتى الحرفى للألفاظ ، اذ العبرة بالارادة الحقيقية ، على أن تكون هى الارادة المشتركة للمتعاقدين ، الارادة الفردية لكل منهما ... ومن العوامل التى يستهدى بها القضاء للكشف عن هذه النية المشتركة ما يرجع الى طبيعة التعامل ، حيث يختار القاضى المعنى الذى تقتضيه طبيعة العقد ... ومن العوامل الموضوعية التى يسترشد بها القاضى »

أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم ، وأن عبارات المقد يفسر بعضها بعضا . . . كذلك فإن من العوامل الخارجية في تفسير المقعد الطريقة التي ينفذ بها ، وتكون متفقة مع ما يوجبه حسيق النية في تنفيذ العقود ، حيث لا يقتصر المقعد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام . ومع المسلم به أن قواعد التفسير المقررة في القانون المدني إنما تقوم على حسن الفهم والادراك ، وأنها إنما وضعت لتمكن القاضي على الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين . وإذا كان هذا هو الشأن في مجال القانون الخاص بقواعده المقتنة ، فإن القانون الإداري - وهو غير مقتن - أولى بأن تسوده هذه الفكرة » .

- حكمها الصادر في ديسمبر سنة ١٩٦٧ (س ١٣ ، ص ١٦٦) حيث تقول ، ان اعلان الادارة عن اجراءات مناقصة أو مزايمة أو ممارسة ، ليس الادعوة الى التعاقد ، وأن التقدم بالمطاء - وفقا للمواصفات والاشتراطات الملن عنها - هو الايجاب الذي ينبى أن يلتقى عنده قبول الادارة لينمقد المقعد . وأنه عند الخلاف ، يجب تفسير المقعد « . . . وتقصى الارادة المشتركة للطرفين في ضوء عباراته ، والظروف التي اكتنفت ابرامه ، حتى يتبين ما اذا كانت هذه الارادة قد انصرفت الى ابرام المقعد على أساس العينة وعلى أساس المواصفات أو أن الارادتين لم يلتقيا على شيء » . ثم أوردت المحكمة تفصيلا مبادئ التفسير بما لا يخرج عما سبق .

- حكمها الصادر في ١٧ مايو سنة ١٩٦٩ (س ١٤ ، ص ٦٩٦) وفيه عملت مبدأ التفسير الضيق لمقد الصلح حيث تقول : « ان التفسير الضيق لمبارات الصلح يستوجب قصر التصالح على ما تنازل عنه المتصالح دون غيره . وإذا كان التنازل الوارد عن حقوق المدعى في الراتب ، مختلفا في موضوعه عن طلب التمويض عن

فصله من الخدمة ، فان هذا التنازل - بفرض صحته - لا ينبغي تفسيره على أنه شامل للتمويض . ومن ثم يعق للورثة أن يطالبوا بالتمويض المشار اليه ، أخذا بقاعدة تفسير الصلح تفسيراً ضيقاً » .

- حكمها الصادر في ٢١ مارس سنة ١٩٧٠ (م ١٥ ، ص ٢٢٢) وفي هذا الحكم كان المناقص قد اشترط أن يبدأ تاريخ التوريد من تاريخ الحصول على إذن الاستيراد وتحويل العملة ، فقبلت الادارة العرض على أن يبدأ التوريد من تاريخ الحصول على إذن الاستيراد . ولكن المحكمة الادارية العليا قررت - على أساس تفسير النية المشتركة للمتعاقدين - أنه « حيث يلزم تحويل عملة لاستيراد أصناف ومهمات من الخارج ، فان التصريح بتحويل العملة يصبح جزءاً مرتبطاً بإذن الاستيراد ويكمّله ولا ينفك عنه » . ومن ثم فان تعليق جريان الميعاد المحدد للتوريد من تاريخ الحصول على إذن الاستيراد يستتبع بحكم اللزوم تعليقه على الحصول على التصريح بتحويل العملة الى الخارج » .

على أنه يجب أن نذكر في هذا الصدد بحكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ٢٣ يونية سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ١١٠) حيث تقول : « ان الاستهداء في تصرف النية المشتركة للمتعاقدين بطبيعة التعاقد ، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للمعرف التجاري في الماملات (المادة ١٥٠ مدني) ليست بقاعدة ملزمة للمحكمة ، وانما تستأنس بها ، وهي في حل من ألا تتبعها اذا رأت أن اتباعها غير ذي جدوى في الوصول الى تصرف نية المتعاقدين » .

المبحث الثالث

اتصال العقد الادارى بالمرفق العام وما يترتب على ذلك من آثار

١ - لقد رأينا فى القسم الأول من هذا المؤلف - وعند تصدينا لتحديد العناصر الأساسية التى تقوم عليها فكرة العقد الادارى - أن صلة العقد الذى تبرمه الادارة بالمرفق العام ، من بين الخصائص الأصلية للعقود الادارية ، رغم محاولة جانب من الفقه الاضعاف من هذه الفكرة . والحقيقة أن مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واطمئنان « La règle de continuité et de régularité du service public » وقابلية تلك المرافق العامة للتغيير والتبديل فى كل وقت « La règle du mutabilité » هى وحدها التى أدت الى استقلال فكرة العقد الادارى عن نظيرتها المدنية .

٢ - والعقد الادارى ليس الا احدى وسائل الادارة لضمان سير المرافق العامة . ومن ثم فانه من اللازم ألا ينظر الى العقد الادارى باعتباره مصدرا لالتزامات تعاقدية فحسب - كما هو الشأن فى القانون الخاص - بل يتعين أولا وقبل كل شئ أن يوضع فى الاعتبار أن العقود الادارية تؤدى دورا هاما فى تسيير المرافق العامة بطريق مباشر أو غير مباشر .

هذا المعنى أبرزه المفوض (Corneille) فى تقريره المقدم فى قضية (Sté. d'éclairage de poissy) ^(١) والتى صدر فيها حكم المجلس فى ٨ فبراير سنة ١٩١٨ حيث يقول : « حينما يتصل العقد بسير المرافق العامة ، فان الدولة لا تتعاقد كسائر الأفراد . انها لا تستهدف تحقيق مصالح خاصة أو ذاتية كمصالح الأفراد ، انها تتعاقد باسم الجماعة ، ولصالح المستفيدين من المرافق العامة ، بقصد تحقيق المصالح العام . ومن هنا يختلف موقف الدولة المتعاقدة فى هذا المجال ، عن متعاقدى القانون الخاص ، ومن ثم فان قواعد

(١) مجلة القانون العام سنة ١٩١٨ ، ص ٢٤٦ .

هذا القانون لا تنطبق عليها، وهذا ما يقضى به المنطق والقانون»^(١).

ولهذا فإن التعاقد هو في حقيقته مساعد ومعاون للإدارة في تسير المرفق العام الذي يتصل به عقده مع الإدارة «un collaborateur du service public»^(٢) وهذا المعنى هو الذي حدا بنا إلى التوكيد بأن دور النظرية العامة للعقود الإدارية لا يتضائل في ظل الاشتراكية ، بل يزداد أهمية . وتحرص المحكمة الإدارية العليا على إبراز هذا المعنى وتوكيده ، فهي - على سبيل المثال - في حكمها الصادر في ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ (س ١٧ ، ص ٥٧٦) تقول ان « هدف التعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة ، وذلك بأن يؤدي التزامه بأمانة وكفاية لقاء ربح وأجر عادل ، وهذا يقتضى من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات » . وما تزال المحكمة تؤكد ذات المعنى في أحكامها الحديثة ومنها حكمها الصادر في ١٩ ديسمبر سنة ١٩٨١ (الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٢٤ قضائية) حيث تقول : « وتستمد الإدارة امتيازاتها في مجال العقود الإدارية لا من نصوص هذه العقود الإدارية ، ولكن من طبيعة المرفق العام ، واتصال العقود به ، ووجوب الحرص على استمرار وانتظام سيره ، بما يحقق المصلحة العامة ، ولذلك فإن الإدارة تتمتع بهذه الامتيازات في مجال العقود الإدارية ولو لم ينص عليها في تلك العقود ... » .

(١) « Dans tout contrat intéressant le fonctionnement même des services publics, l'Etat ne contracte pas comme un simple particulier. Il ne cherche pas à gérer des intérêts individuels. Il contracte pour une collectivité, pour le public, pour les usagers du service public, pour l'intérêt collectif et général. Et alors toutes les fois qu'il passe véritablement un marché de service public, il fait quelque chose d'autre que ce qu'il fait un contractant ordinaire. un contractant du Code Civil ou du Code de Commerce, puisque il fait quelque chose d'autre que le contractant ordinaire, il ne faut pas appliquer à ce quelque chose les mêmes règles qu'aux contrats de droit commun : c'est la logique et par suite c'est le droit. »

(٢) في التفاصيل راجع مقال الأستاذ فالين ، المنشور في مجلة القانون العام سنة ١٩٥١ ، ص ٥ بعنوان :

« L'évolution récente des rapports de l'Etat avec ses contractants ».

٣- ويتوجب على المعنى السابق نتائج بالغة الخطورة ، ذلك أن الأساس الذى أوضحناه، هو وحده الذى يفسر لنا السلطات الخطيرة التى تتمتع بها الادارة فى مواجهة المتعاقدين معها من ناحية ، وحقوق المتعاقدين مع الادارة والتى لا نظير لها فى القانون الخاص من الناحية الأخرى ، وذلك على النحو التالى :

(أ) ان قاعدة سير المرفق العام بانتظام واطراد هى التى تبرر سلطات الادارة الخطيرة فيما يتعلق بالاشراف على تنفيذ العقود الادارية . أما من ناحية الأفراد ، فان تلك القاعدة هى التى تفسر نظريات الظروف الطارئة ، وعمل الأمير ، والتوازن المالى للمقد ، والصعوبات المادية غير المتوقعة ، وعدم امكان المتعاقد الدفع بعدم التنفيذ . . . الخ بما سندرسه تفصيلا فيما بعد .

(ب) وقاعدة قابلية المرافق العامة للتغيير والتعديل فى كل وقت بالاضافة الى القاعدة السابقة ، هى التى تفسر سلطات الادارة الخطيرة فيما يتعلق بتعديل التزامات المتعاقدين معها دون حاجة للحصول على موافقته مقدما ، وفيما يختص ، بانها العقود الادارية .

(ج) صلة العقد بالمرافق العامة هى التى تبرر « الصيغة الشخصية » (L'intuitus personae) فى عقود الادارة مما سنرى أثره تفصيلا فيما بعد .

(د) اذا كان المرجع الى نية الطرفين فيما يتعلق بتفسير العقد ، وتحديد التزامات كل من الطرفين - كما أوضحنا فيما سبق - فان ذلك انما يتم فى حدود مقتضيات سير المرافق العامة ، بحيث تعدل قواعد التفسير المتبعة فى القانون المدنى على هدى هذا المبدأ ، وهو ما سبق شرحه فى المبحث السابق .

٤ - ولقد سبق أن أوضحنا فى القسم الأول من هذا المؤلف موقف القضاء الادارى المصرى فيما يتعلق باتصال العقد الادارى بالمرفق العام . ونكتفى هنا بأن نورد حكمين فى هذا الخصوص ،

يوضحان المسلك السابق ، أحدهما صادر من محكمة القضاء الإداري ، والآخر صادر من المحكمة الإدارية العليا :

أولاً : حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٣٠ يونيو سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٧ قضائية وقد سبقت الإشارة إليه) حيث تقول : « ان العقود الإدارية .. تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف المقصد الإداري تسييره أو سد حاجته ، وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة ، ذلك بأنه اذا كان المتعاقدان في العقود المدنية يستهدفان تحقيق نفع مادي ومصلحة شخصية ، فان الأمر في العقود الإدارية يختلف عن ذلك ، لأن جهة الإدارة - وهي أحد طرفيه - لا تبغى مصلحة شخصية ، بل تتعاقد لمصلحة المجموع ، وهدفها المصلحة العامة ، وهي القوامه عليها ، والمختصة وحدها بتوجيهها وتحقيقها وتنظيمها ، فهي تتعاقد لتكفل حسن سير المرفق وانتظامه واستمراره ، وانجاز الأعمال والخدمات المطلوبة على وجه مرضى وفي المواعيد المقررة ، ولتحقيق ذلك تتمتع جهة الإدارة في العقود الإدارية بحقوق وسلطات واسعة ... » .

ثانياً : حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٧ ، والذي يقول : « ان العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية ، بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره ، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازنة ومتساوية ، اذ بها في العقود الإدارية غير مكافئة ، اذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة . وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري . ويقرب على ذلك أن للإدارة سلطة ... » (١) .

(١) السنة الثانية ، ص ٩٢٧ ، ويلاحظ وحدة الأسلوب الذي تستعمله كل من محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا .

المبحث الرابع

امتداد آثار العقد الإداري الى غير المتعاقدين في بعض الحالات

١ - لما كان العقد الإداري هو عقود بكل ما في الكلمة من معاني ، فان نسبية آثار العقود «L'effet relatif des contrats» تطبق عليه . وهذا ما يؤكد مجلس الدولة الفرنسي باستمرار سواء في أحكامه الحديثة أو القديمة على السواء ، ففي حكمه الصادر في ١٨ مارس سنة ١٩٢٧ في قضية «Fanvet»^(١) يقول :

«Le sieur F. n'ayant pas été partie au marché, n'est pas recevable à saisir le Conseil d'Etat de conclusions tendant à faire déclarer l'Etat débiteur a son égard».

٢ - واذن فالمبدأ المسلم به في نطاق القانون الإداري هو أن آثار العقد تقتصر بصفة أساسية على الإدارة والمتعاقد معها . ولكن ألا يمكن أن تمتد آثار العقود الإدارية في بعض الحالات الى غير المتعاقدين «les tiers» فترتب لهم حقوقا ، أو تفرض عليهم التزامات؟! من الناحية العملية لاشك في الاجابة بالايجاب . وسوف نرى أن العقود الإدارية ترتب في كثير من الحالات حقوقا والتزامات بالنسبة الى غير المتعاقدين . ولكن من الناحية النظرية المجردة ، هل يعتبر ذلك خروجاً على قاعدة نسبية العقود الإدارية ، أم يمكن تفسيره على ضوء قواعد تنسجم مع فكرة النسبية السابقة؟! ذلك ما نرى ارجاء دراسته الى موضع آخر .

(١) المجموعة ص ٣٦٠ . وراجع حكمه الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٢٨ في قضية : (Cie internationale du gaz) منشور في مجموعة سيري سنة ١٩٢٩ القسم الثالث ص ١ مع تعليق (A bet) . وفي ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٧ قضية (Como) المجموعة ص ٨٤٩ .

البَابُ الثَّانِي

التزامات المتعاقد وسلطات الادارة في مواجهته

يتجلى في هذا الباب - والباب الذي يليه - أبرز خصائص العقود الادارية • وندرس في فصلين متتاليين :

أولا : التزامات المتعاقد مع الادارة •

ثانيا : سلطات الادارة في مواجهة المتعاقد معها •

الفصل الأول

التزامات المتعاقد مع الادارة

١ - يلتزم المتعاقد مع الادارة - ككل طرف في عقد ما - بأن يوفى بالتزاماته التعاقدية ووفقا لشروط العقد وحسب القواعد العامة المقررة في هذا الصدد . ولا يكاد يختلف موقف المتعاقد في العقود الادارية من هذه الناحية عن موقف غيره من سائر المتعاقدين ، اللهم الا فيما يتعلق بمدى تأثير تأخره في التنفيذ على المرفق العام ، مما سترى أثره بالتفصيل عند دراسة الجزاءات التي يمكن توقيعها على المتعاقد المتأخر أو المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية . والتزامات المتعاقدين مع الادارة تختلف في صورها وأوضاعها باختلاف عقودهم مع الادارة . فقد تنصب على توريد بضائع ، أو نقل انسان أو حيوان أو مواد ... الخ ، أو المساهمة في تسيير مرفق عام ، أو تقديم خدمات للادارة ، أو القيام بأشغال عامة ... الخ مما لا يمكن حصره . ولما كان المؤلف يستهدف رسم الأسس العامة للعقود الادارية - كما هو واضح من تسميته - فاننا سنترك التفاصيل ، ونقف عند الأصول التي تصدق على كل عقد اداري أيا كانت طبيعته الذاتية .

٢ - ومصادر التزامات المتعاقد مع الادارة ، ترجع أولا وقبل كل شيء الى العقد الاداري بطبيعة الحال . ولكن هذا العقد ليس هو كل شيء في مجال تحديد التزامات المتعاقد . وانما يمكن أن يتحمل المتعاقد مع الادارة ، بالتزامات أخرى ، يرجع مصدرها الى :

(أ) النصوص الأمرة في القوانين واللوائح التي تحكم التعاقد .

«Les dispositions impératives des lois et règlements» والتي لا يجوز

للادارة أن تخرج على مقتضاها في تعاقداتها مع الأفراد ، وهناك أمثلة كثيرة بهذا الخصوص في لائحة المناقصات والمزايدات . ولقد رأينا أن المعكسة الادارية العليا تعتبر هذه النصوص جزءا من العقد

الادارى حتى ولو لم يشر اليها صراحة ، ما لم تستبعد صراحة في غير ما تعلق بالنظام العام . كما أن المادة ٤٠ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ قد نصت صراحة على أنه « يجب النص في شروط المطاء على أن تعتبر أحكام اللائحة التنفيذية لهذا القانون جزءا مكملًا لهذه الشروط يخضع لها المقعد » .

(ب) العرف والمادات المرعية في العقود ذات الصلة بالأوضاع التجارية كما هو الحال في عقود التوريد مثلا ، اذ يرجع الى المادات التجارية المرعية في هذه العقود لتكملة ما يكون بها من نقص في الشروط^(١) . ولقد رأينا ما للعرف والمادات من أثر في تفسير العقود الادارية .

(ج) ومن أهم المصادر التكميلية للالتزامات المتعاقد ، ما يرجع الى الأوامر التي تصدرها اليه الادارة «Les ordres de service» أثناء تنفيذه للمعقد . وسوف نولى هذا الموضوع أهمية خاصة فيما بعد .
٣ - وبصرف النظر عن الطبيعة الخاصة لكل عقد ادارى ، يمكن رد التزامات المتعاقد مع الادارة الى ما يلي :

(أ) أن يقوم بالتنفيذ على مسؤوليته الخاصة
«exécuter les obligations à sa charge»

(ب) أن ينفذ التزاماته وفقا للشروط المحددة في عقده وما يصاحبه من وثائق لا سيما دفاتر الشروط التي سبق أن أشرنا اليها .

(ج) أن ينفذ التزاماته بطريقة سليمة ، وباعتناية
«d'une manière correcte et avec diligence»

(د) أن يلتزم مبدأ حسن النية «La bonne foi» في التنفيذ .

(هـ) أن ينفذ التزاماته بنفسه «en personne» .

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر في ٨ يوليو سنة ١٩٢٧ فى قضية «Les tiers» المجموعة ص ١٦٥ ، وقد طبق المجلس فيها احدى المادات المتعلقة بتجارة الصوف ، وفى ٢ يوليو سنة ١٩٥٤ فى قضية «Galopino» مجلة القانون العام سنة ١٩٥٥ ص ٢٢٧ حيث طبق المجلس عادة تلتزمها الادارة .

(و) أن يحترم المدد المحددة للوفاء بالتزاماته .

(ز) ألا يستمتع عم الوفاء بالتزاماته بحجة تقصير الادارة ،
ما دام هذا الوفاء ممكنا . وبهذا المعنى تقول المحكمة الادارية العليا
في حكمها الصادر في ٥ يوليو سنة ١٩٦٩ (س ١٤ ، ص ٩٣٢)
« لما كان العقد الادارى يتعلق بمرفق عام ، فلا يسوغ للمتعاقد مع
الادارة أن يستمتع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة
اجراءات ادارية قد أدت الى الاخلال بالتزاماتها قبله ، بل يتعين
عليه ازاء هذه الاعترافات أن يستمر في التنفيذ ، ما دام ذلك فى
استطاعته ، ثم يطالب جهة الادارة بالتعويض » .

وواضح من ذلك ، أنه لا جديد فيما يتعلق بالتزامات المتعاقد
الا فيما يتعلق بالتزامه بالتنفيذ شخصيا . ومع ثم فاننا ندرس
هذا الموضوع بشيء من التفصيل .

التزام المتعاقد بالتنفيذ شخصيا

١ - رأينا أنه بالنظر الى صلة العقد الادارى الوثيقة بالمرفق
المعام ، فان الادارة تراعى اعتبارات خاصة فيما يتعلق بالتعاقد
معها ، سواء من حيث الكفاية المالية ، أو المقدرة الفنية ، أو حسن
السمعة ، أو الجنسية ... الخ . ومع ثم فان الاعتبار الشخصى
« L'intuitus personae » يوضع فى المقام الأول ، سواء فيما يتعلق
باختيار المتعاقد ، أو تنفيذ العقد :

أما فيما يتعلق باختيار المتعاقد ، فلقد رأينا أن الادارة تملك
ملطة تقديرية فى الامتناع عم التعاقد مع شخص لا ترتضيه ، حتى
ولو اختارته لجنة البت .

أما فيما يتعلق بالتنفيذ ، فان القضاء يجرى على أنه من المبادئ
الأساسية أن يقوم المتعاقد بالتنفيذ بنفسه
« principe de l'exécution personnelle »

٢ - ولما كان أساس القاعدة السابقة صلة العقد بالمرفق العام ،

فانه من المنطقي أن يرتبط تطبيقها بمدى صلة العقد بالمرفق ، بحيث يتمين التزامها بنفاية الصرامة كلما اشتدت صلة العقد بالمرفق العام * ولهذا يذهب الفقيه جيز الى أن القضاء الإداري يلتزم تلك القاعدة بنفاية الصرامة في مجال عقود الامتياز ، نظرا لهيمنة الملتزم التامة على المرفق الذي يتولى شؤون ادارته^(١) .

٣ - وهنا أيضا أتيح لمحكمة القضاء الإداري المصرية أن تبرز الصيغة الشخصية للالتزامات المتعاقدة مع الإدارة في بعض أحكامها ، ومنها حكمها الصادر في ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ (س ١١ ، ص ١٧٤) حيث تقول : « ومن حيث أن المحكمة ... تلاحظ بادىء ذي بدء أن العقد المبرم بين المدعى والحكومة هو من العقود الإدارية التي تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعها ، ولو لم ينص عليها العقد ، ومن هذه القواعد أن التزامات المتعاقدة مع الإدارة للالتزامات شخصية *«intuitus personae»* أى أن المتعاقدة يجب أن ينفذها شخصيا وبنفسه ... » .

وقد نصت المادة ٣٦ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ على أنه : « تحظر الوساطة في التعاقد فيما لا يكون التعامل فيه بالبيع عادة إلا للجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون ، ولا يسرى ذلك على المتعاقدة مع تلك الجهات إذا كان مركزه في الخارج ، وكان له وكيل معتمد في مصر » .

٤ - والمهم في قاعدة الالتزام الشخصي بالتنفيذ هو ما يترتب عليها من نتائج نعرض لها في الحالات الآتية :

(١) مطولة في العقود ، الجزء الأول ، ص ١٩٢ .
ولكن الفقيه دى لويادير يتشكك في ذلك ، ويرى أن القضاء لا يؤكد رأى الفقيه جيز على الأقل فيما يتعلق بأعمال القاعدة في مجال تنفيذ العقود الإدارية ، بمعنى أنه يرى أن القضاء يطبق قاعدة الالتزام الشخصي بالتنفيذ على جميع العقود دون أن يميز عقد الامتياز بأهمية خاصة ، مطولة في العقود ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ١٠٤ .
ولكن الأساس الذي تقوم عليه القاعدة ، يؤكد رأى الفقيه جيز .

أولاً : التعاقد من الباطن والنزول عن العقد .

ثانياً : موت التعاقد .

ثالثاً : إفلاس التعاقد أو اعساره .

١ - § التعاقد من الباطن والنزول عن العقد

١ - القاعدة المسلم بها في هذا الخصوص أنه يمتنع على التعاقد مع الإدارة أن يحل غيره محله في تنفيذ جميع التزاماته التعاقدية (La cession) أو تنفيذ بعض هذه الالتزامات (Le sous traité) (L'autorization préalable) إلا بموافقة الإدارة مقدماً

٢ - وهذه القاعدة منصوص عليها تشريعياً في مصر ، سواء في اللائحة الملغاة (المادة ٨٣ معدلة) أو اللائحة الجديدة . فالمادة ٧٥ منها تنص صراحة على أنه « لا يجوز للمتعهد أو المقاول النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها ، ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك ، ويكتفى في هذه الحالة بتصديق البنك ، ويبقى المتعهد أو المقاول مسؤولاً عن تنفيذ العقد ، ولا يخل قبول نزوله عن المبلغ المستحق له بما يكون لجهة الإدارة قبله من حقوق » .

كما أن محكمة القضاء الإداري ، في حكمها الذي سبقت الإشارة إليه ، والصادر في ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ بعد أن أكدت مبدأ شخصية التزامات التعاقد مع الإدارة استطردت قائلة : « ... فلا يجوز له أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها مع الباطن إلا بموافقة الإدارة ، فإذا حصل التنازل عن العقد الإداري بدون موافقة الإدارة ، فإن التنازل يعتبر باطلاً بطلانا يتصلق بالنظام العام ، ويكون خطأ من جانب التعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد أو الغاؤه اعتباراً بأن الخطأ المذكور خطأ جسيم » . وكذلك الحال في شأن التعاقد من الباطن إذ أنه ما لم توافق جهة الإدارة على

التماقد من الباطل فليس للتماقد أن يعهد بتنفيذ الأعمال المطلوبة أو الالتزامات التي ارتبط بها الى شخص آخر . . . » (١) .

وتطبيقا لهذه المبادئ التي أعلنها هذا الحكم ، قضت محكمة القضاء الادارى المصرية بسلامة موقف الادارة اذ فسخت العقد المبرم بينها وبين أحد الأفراد والذي يخوله حق استخراج الجبس من منطقة معينة ، حين ثبت للادارة أن التماقد قد تنازل عن عقده لاحدى الشركات ، وذلك بحكمها الصادر فى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٧ (٢) .

كما أنها فى حكمها الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٦٩) تقرر « أن اقدام المدعى على التماقد مع الجهة الادارية ، ثم تخليه فعلا عن التزامه وحقوقه للسيد . . المحروم مع دخول مناقصات الوزارة ، يعد من قبيل الفش والتلاعب فى نطاق العقد الادارى على الاطلاق . . مما يفسخ به العقد تلقائيا بغير اذار ومما يبرر حرمان المدعى مع دخول المناقصات » .

٣ - ولكن يجب التمييز بين التنازل عن العقد كليا أو جزئيا ، وبين الاتفاقات التي قد يبرمها التماقد بقصد تسهيل مهمته فى تنفيذ التزاماته التعاقدية ، سواء فيما يتعلق بحصوله على الموارد المالية ، أو المعونة الفنية ، أو شراء الأصناف المطلوب توريدها . . الخ . فهذا النوع الثانى من التماقد جائز كقاعد عامة (٣) ، تفريعا على حرية التماقد فى اختيار طريقة الوفاء بالتزاماته . ولا يحد من هذا المبدأ الا ما قد يرد فى العقد صراحة مع ضرورة الحصول على أصناف معينة أو مع شركات معينة . . الخ أو ما قد يرد فى اللوائح والقوانين بهذا الصدد ، كتحرير التعامل مع اسرائيل قديما أو الاستمانة

(١) أكدت هذه المبادئ المحكمة الادارية العليا بحكمها الصادر فى ١٩٦٣/١٢/٢٨ القضية رقم ١١٠٩ لسنة ٨ ق .

(٢) القضية رقم ١٩٨ لسنة ١١ قضائية ، السيد حامد ابراهيم الشيخ ضد وزير الصناعة ومدير عام مصلحة الناجم والمهاجر .

(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١١ مارس سنة ١٩٢٧ فى قضية « Lorenzo » المجموعة ص ٣١٤ .

بشركات تتعامل مع اسرائيل قبل الفاء هذا المظهر كما ذكرنا فيما سلف . وهذا المعنى أبرزته محكمة القضاء الادارى أيضا فى حكمها الصادر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ - والذى أنرنا اليه فيما سبق - حيث تقول : « ... والتحرير هنا لا ينصرف الى حالة حصول المتعاقد على الاشياء والمواد الاولية اللازمة لتنفيذ عقده مع الغير أو اتفاهه مع بعض رجال المال فى شأن تمويل العملية ، اذ أن مثل هذه التصرفات جائزة الا اذا نص العقد صراحة على تحريمها ، وانما يحرم على المتعاقد أن يحل غيره محله فى تنفيذ الالتزامات التى ارتبط بها ... » .

كما أنه من المنطقي أن يستعين المتعاقد بمعاونين اذا كانت طبائع الأمور والعرف تتطلب ذلك . وقد أشارت المحكمة الادارية العليا الى هذا المعنى فى حكمها الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٩٦٦ (س ١٦ ص ٦٥٨) وأعادت تأكيد ذات المبدأ فى حكمها الصادر فى ١٦ يناير سنة ١٩٧١ ، ص ١٦ ، ص ١٥١) حيث كان أحد متعهدي الألبان يستعين ببعض المندوبين فى المحافظات الأخرى ، فقالت المحكمة : « ... لا يسوغ القول بأن يقوم المتعهد الأصلي بتنفيذ التزاماته وحده ، مع غير الاستعانة بمجهيزات غيره فى أعمال التنفيذ ، والا وضع أمام استحالة مطلقة . وأنه بالبناء على ما تقدم ، واذا جرى العرف على السماح بهذه الاستعانة فى الحدود المقررة والجائزة فى العقود الادارية ... » .

٤ - ويترتب على مخالفة المتعاقد للحكم السابق نتائج هامة ، يمكن اجمالها فيما يلى :

أولا : ان التعاقد مع الباطن أو التنازل بغير موافقة الادارة ، لا يمكن أن يحتج به فى مواجهة الادارة (inopposable à l'administration) فلا يكون بين المتنازل اليه (Le cessionnaire) أو المتعاقد مع الباطن (Le sous traitant) وبين الادارة أى علاقة^(١) ، ويبقى المتعاقد الأصلي

مستئولا في مواجهة الادارة كما لو كان التنازل أو التعاقد مع الباطل غير قائم^(١) .

وهذا الحكم قرره كما رأينا المادة ٨٣ من اللائحة الملغاة والمادة ٧٥ من اللائحة الجديدة وقد سبق أن أوردنا نص هذه المادة الأخيرة .

والمسلم به وفقاً للقواعد العامة - وهو ما يأخذ به مجلس الدولة الفرنسي - أنه لا علاقة تعاقدية البتة بين الادارة وبين المتنازل اليه أو المتعاقد مع الباطل اذا لم توافق الادارة مقدما على التنازل أو التعاقد مع الباطل . ومع ثم فليس للمتنازل اليه أو المتعاقد مع الباطل بدون موافقة الادارة أن يرجع على الادارة بأى حقوق تعاقدية^(٢) ، وإن كان له أن يرجع عليها على أساس آخر ، لا سيما فكرة الاثراء بلا سبب . كما أنه يستطيع كدائن للمتعاقد الأصلي أن يطالب الادارة بحقوق مدينة وفقاً للقواعد المقررة في هذا الخصوص^(٣) .

وللادارة في جميع الحالات ألا تمكح المتنازل اليه أو المتعاقد مع الباطل من المساهمة في تنفيذ العقد .

ثانيا : ان تنازل المتعاقد عن عقده أو تعاقد مع الباطل بخصوص التزاماته التعاقدية ، يكون خطأ في تنفيذ العقد (Une faute contractuelle) وهذا الخطأ يبرر - في نظر مجلس الدولة الفرنسي - توقيع أقصى العقوبات ، ونمنى به فسخ العقد على مسئولية لمعاقد (Maréchal) *liation aux torts et griefs du cocontractant* وذلك سواء نص على هذا

(١) حكم المجلس في ٥ يناير سنة ١٩٥١ في قضية «Commune de Lesparren» المجموعة ص ٣ .

(٢) حكم المجلس في ٩ يوليو سنة ١٩٢٤ في قضية «Cie Continental du gaz» المجموعة ص ٦٥٧ .

(٣) حكم المجلس في ١٦ يناير سنة ١٩٣١ في قضية «Benoit» مجموعة مبري سنة ١٩٣١ ، القسم الثالث ص ٥٧ مع تعليق لستر . ومنشور أيضا في مجموعة دالوز سنة ١٩٣١ ، القسم الثالث ص ٩ مع تعليق «Blaevet» وراجع حكمه الصادر في ١٨ مارس سنة ١٩٢٧ في قضية «Favre» المجموعة ص ٣٦٥ .

الجزاء فى العقد أو لم ينص^(١) ولقد سبق أن رأينا أن محكمة القضاء الإدارى المصرية قد أقرت هذه القواعد فى أحكامها الصادرة فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ وفى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٧ وفى ٣٠ يونية سنة ١٩٦٠ وقد سبقت الإشارة إليها .

٥ - وللإدارة أن توافق على رغبة المتعاقد معها فى النزول عن عقده أو فى التعاقد بخصوصه من الباطن . وهذا ما كانت تنص عليه صراحة المادة ٨٣ من لائحة المناقصات والمزايدات . وكل ما تتطلبه المادة السابقة هو « موافقة الجهة المتعاقدة كتابة ، ويجب أن يكون مصدقا على التوقيعات الواردة به من مكتب التوثيق المختص » . وهذا القيد يسرى بطبيعة الحال على جميع العقود التى تخضع للقانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ . أما فيما عداها فتطبق قاعدة تحرر الإدارة من الشكليات فيما يتعلق بالتعبير عن إرادتها ، وبالتالي لها أن توافق على التنازل أو التعاقد من الباطن فى أى شكل تشاء^(٢) . بل إن محكمة القضاء الإدارى المصرية قد أقرت هذه القواعد فى أحكامها الصادرة عقد المساواة تكفى فيه الموافقة الضمنية ، وأن جريان المكاتبات بين الإدارة وبين المتنازل إليه يعتبر قبولا ضمنيا للتنازل ، فشرط الحصول على القبول الكتابى إنما شرع رعاية للمصلحة المتعاقدة وليس للمقاوّل ، فإن هى تنازلت عنه فلا جناح عليها فى ذلك .

(القضية رقم ٧٨ لسنة ١٣ قضائية)

والقاعدة المسلم بها ، أن السلطة التى تملك الموافقة على التنازل

(١) حكم المجلس فى ٢ يناير سنة ١٩٠٥ فى قضية «Cie départ. des eaux Romieu» منشور فى مجموعة سبرى سنة ١٩٠٧ القسم الثالث ص ٣٩ مع تعليق وحكمه فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ فى قضية «Monnot» المجموعة ص ١١٢٤ .

(٢) أما فى فرنسا ، حيث لا يوجد نص عام يقابل نص المادة ٨٣ من لائحة المناقصات والمزايدات ، فإن موافقة الإدارة عن التنازل أو التعاقد من الباطن تتم دون التقيد بشكلية معينة ، بل قد تستنتج الموافقة ضمنا ، كما فى حكم المجلس الصادر فى ١٠ يناير سنة ١٩٣٠ فى قضية «Commune de Pointe-à-Pitre» المجموعة ص ٣٢ . وفى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٧ فى قضية «Min. fin. et Chévis» المجموعة ص ٨٦٧ .

أو التعاقد من الباطن ، هي السلطة التي تملك إبرام العقد الأصلي^(١) . وهذا - بطبيعة الحال - ما لم ينص المشرع على غير ذلك .

ومع هذا فلقد رأينا فيما سبق أن المادة ٧٥ من اللائحة الجديدة لم تتضمن الاستثناء الذي كان مقررا في المادة ٨٣ من اللائحة الملغاة . فالمادة الجديدة قد قصرت التنازل على المبالغ المستحقة للمتعهد أو المقاول ، كلها أو بعضها ، ولكن المادة قصرت التنازل على البنوك بشرط تصديق البنك المتنازل اليه ولا اجتهد مع النص .

٦ - ولكن ما مدى حرية الإدارة في رفض الموافقة على تنازل المتعاقد عن عقده أو التعاقد بخصوصه من الباطن في الحالات التي يجوز فيها ذلك ؟ ان المتتبع لقضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد ، يجد أحكاما كثيرة فيما يتعلق بعقد الامتياز ، وهو العقد الذي تبرز فيه الصيغة الشخصية للالتزامات المتعاقدة بروزا ملموسا كما رأينا . ويتضح من هذه الأحكام ، المبادئ الآتية :

أولا : أن الملتزم اذا تقدم الى الإدارة بطلب الموافقة على التنازل عن عقده أو التعاقد بخصوصه من الباطن ، فيجب على الإدارة أن ترد عليه في ميعاد مناسب «*Un delai raisonnable*» ومن ثم فإنه لايجدها نفعا أن تلزم جانب الصمت ، واذا فعلت عرضت نفسها للمسئولية^(٢) .

ثانيا : لا تستطيع الإدارة أن ترفض الموافقة لمجرد الرفض ، بل يجب أن تستند في رفضها الى أسباب معقولة تتصل بالصالح العام ، ومثال ذلك ضعف الكفالة المالية أو الفنية للمتعاقد الجديد «*L'incapacité technique ou financière du concessionnaire*»

فاذا كانت الأسباب التي تزرعت بها الإدارة غير وجيهة ، فان المتعاقد يستطيع أن يحصل من قاضي العقد على حكم بالغاء القرار

(١) «*L'autorité qualifiée pour conclure le marchés*»

«*Sté. le secteur*»

حكم المجلس الصادر في ٩ يوليو سنة ١٩٢٤ في قضية

«*electriques*» المجموعة ص ٦٥٦ .

(٢) حكم المجلس في ١٩ فبراير سنة ١٩٣٢ في قضية «*Melons*» المجموعة ص

٢٠٦ وفي ٦ فبراير سنة ١٩٤٦ في قضية «*Deffarges*» المجموعة ص ٤١ .

الصادر برفض الموافقة^(١) . كما له أن يطلب فسخ العقد لمطأ الإدارة^(٢) . أو الحكم بتعويض الأضرار التى تلحقه من جراء هذا الرفض^(٣) . وإذا كانت أحكام المجلس ليست بهذه الكثرة أو الوضوح فى مجالات العقود الإدارية الأخرى ، فلا شك لدينا فى أن المبادئ السابقة تسرى عليها أيضا ، وإذا كانت التطبيقات العملية قليلة فذلك لأن الصبغة الشخصية للالتزامات المتعاقد فى تلك العقود أقل ظهورا منها فى حالة عقود الامتياز . وأقصى ما يمكن أن يوصف به حق الإدارة فى رفض التنازل الكلى أو الجزئى عن العقد ، أنه يندرج فى باب السلطات التقديرية للإدارة ، والسلطة التقديرية مشروطة بحسن استعمالها ، ومقيدة باستهداف الصالح العام دائما .

٧ - وإذا وافقت الإدارة على التنازل الكلى أو الجزئى عن العقد ، ترتب على موافقتها آثار هامة . ولكن القضاء يفرق بين الحالات على النحو التالى :

أولا : التنازل الكلى عن العقد (La cession) يترتب على موافقة الإدارة عليه حلول المتعاقد الجديد محل المتعاقد الأصل فى التزاماته فى مواجهة الإدارة . وبالتالي تنشأ بين الإدارة وبين الحال علاقة تعاقدية مباشرة ، بل يعتبر الحال هو المسئول الوحيد أمام الإدارة ما لم ينص على غير ذلك . ومع ثم يتحرر المتعاقد الأصل من التزاماته^(٤) ، وإن كانت معظم العقود الإدارية فى فرنسا تجرى

(١) حكم المجلس الصادر فى ٨ مارس سنة ١٩٤٤ فى قضية «Commune de Balagnères»
المجموعة ص ٨٠ وفى أول يوليو سنة ١٩٤٩ فى قضية «Cie gudeoleupéenne»
المجموعة ص ٢٦٤ .

(٢) حكم المجلس فى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٨ فى قضية «Wailhume»
(٣) حكم المجلس فى ٢٠ مارس سنة ١٩٤٢ فى قضية «Dame Vue Bastio»
المجموعة ص ٩٢ .

وراجع مذكرة الفقيه «Alibert» عن حكم المجلس الصادر فى ١٢ أبريل سنة ١٩٣٥ فى قضية «Soc rurale de distribution électriques» مجموعة سبرى ، سنة ١٩٣٥ ، القسم الثالث ، ص ١٥١ .

(٤) حكم المجلس فى ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٧ فى قضية «Ville d'Elbour» المجموعة ص ١٠١٥ .

على النص على بقاء الملتزم الأصلي ضامنا للمتعاقدين الجدد ، وهذا هو ما قضت به المادة ٨٣ من لائحة المناقصات والمزايدات الملغاة حيث تقول : « ويبقى المتعهد أو المقاول مسئولا بطريق التضامن مع المتنازل اليه عن تنفيذ العقد » .

ثانيا : التعاقد من الباطن (Les sous-traités) تختلف الآثار القانونية في هذه الحالة عنها في الحالة السابقة ، فهنا تبقى العلاقة التعاقدية كاملة بين المتعاقدين الأصلي والإدارة ، بحيث لا يصبح المتعاقد من الباطن طرفا في العقد ، بل وجرى مجلس الدولة الفرنسي حتى سنة ١٩٥٣ على انكار كل علاقة تعاقدية بين المتعاقدين من الباطن وبين الإدارة . وفي التاريخ السابق صدر مرسوم (في ١١ مايو) بتنظيم طريقة مباشرة بين المتعاقدين من الباطن وبين الإدارة بقصد تنظيم دفع الثمن ، وذلك في عقود الدولة ، والمؤسسات العامة القومية التي لاتخضع للقواعد التجارية .

وهكذا لا يرتب مجلس الدولة الفرنسي على موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن الا نتيجة هامة واحدة ، وهي أن تلك الموافقة تجمل التعاقد من الباطن مشروعا . ومن ثم لا تستطيع الإدارة أن تتنكر له بعد ذلك ، والا ارتكبت خطأ تعاقديا يوجب مسئوليتها بالتعويض أمام المتعاقدين الأصلي^(١) .

ومن ثم يمكن القول بأن المتعاقدين الأصلي هو المسئول الوحيد أمام الإدارة ، ترجع عليه في حالة التقصير ، وله وحده المطالبة بالحقوق المتولدة عن العقد ، ولا علاقة بين المتعاقدين من الباطن وبين الإدارة مباشرة الا ما يرد به نص صريح في القوانين أو اللوائح^(٢) .

(١) حكم المجلس في ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٤ في قضية «Ville de Toulon»
المجموعة ص ٦٤١ .

«Sté anonyme des étab. Christiant» وفي ١٨ يناير سنة ١٩٤٦ في قضية
(٢) حكم المجلس الصادر في ٢١ يونيو سنة ١٩٢٩ في قضية «Sté. française de matériels»
المجموعة ص ٢١ .

٢ - § موت المتعاقد أو الملامه أو اعساره

١ - في حالة موت المتعاقد ، يرجع مجلس الدولة الفرنسي عادة الى شروط العقد ، والى دفاتر الشروط لترتيب الآثار التي تتولد عن هذه الواقعة . فاذا لم يرد فيها شيء بهذا الخصوص ، فان الفقه يرجع حق الادارة فى فسخ العقد ، والتزام الورثة بالاستمرار فى تنفيذ التزامات المتعاقد المتوفى اذا لم تر الادارة فسخ العقد^(١) .

ونظرا الى العلاقة الوثيقة التي تربط بين الملتزم فى عقود الالتزام وبين ادارة المرفق العام ، فقد ذهب الفقيه جيز الى أن موت الملتزم فى عقود امتياز المرافق العامة يؤدى الى فسخ العقد بقوة القانون (La résiliation de droit)^(٢) .

ولكن الفقيه دى لو بادير يرى أن القضاء لا يؤيد الاستنتاج الذى قال به الفقيه جيز ، ويستدل على ذلك بأحكام لمجلس الدولة الفرنسى ، جاء فيها أن مهمة المجلس تنحصر فى التوفيق على قدر الامكان بين مقتضيات سير المرافق العامة ، وبين الحقوق التي يستمدها الورثة من المتوفى^(٣) . واستنتج من تلك الأحكام ، أن موت الملتزم فى عقد الامتياز يترتب عليه النتائج التالية :

(أ) لا ينفسخ العقد بقوة القانون لمجرد موت الملتزم .

(ب) يؤول الالتزام الى الورثة دون حاجة لموافقة الادارة الا اذا نص العقد على غير ذلك . واستند فى هذه النتيجة الخطيرة الى ثلاثة

(١) مؤلف جيز فى العقود ، المراجع السابق ، الجزء الاول ، ص ٢٠٧ ، ومؤلف دى،لوبادير ، المراجع السابق الجزء الثانى ، ص ١١٢ - ١١٨ .

(٢) الفقيه جيز ، المراجع المشار اليه فى الهامش السابق ، ص ٢٠٨ .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٥ يوليو سنة ١٩٣٥ فى قضية «Commune de Renilly» منشور فى مجموعة سيرى سنة ١٩٣٥ ، القسم الثالث ص ١٢١ مع تعليق «Aliberto» وقد جاء فى الحكم قول المجلس :

« concilier les nécessités du service public avec les droits que les héritiers tiennent de leur auteur ».

وأحكامه الصادرة فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٧ فى قضية (Ville d'Alger) المجموعة ص ١٠٨٣ وفى ٢١ أبريل سنة ١٩٥٠ فى قضية (Nuncio) المجموعة ص

أحكام لمجلس الدولة الفرنسي صادرة في ٣ أبريل سنة ١٩٢٥ في قضية (Ville de Mascara) (مجموعة ليبون ص ٣٨٢) وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٧ في قضية (Ville d'Alger) (مجموعة ليبون ص ١٠٣٨) وفي ٢١ أبريل سنة ١٩٥٠ في قضية (Nuncio) (مجموعة ليبون ص ٢٣١) .
... (تج) في حالة تضمين عقد الامتياز شرطا يقضى بضرورة موافقة الادارة على حلول الورثة محل مورثهم في تنفيذ عقد الامتياز ، فان سلطة الادارة في هذه الحالة تغدو من قبيل سلطتها في حالة الموافقة على التنازل عن العقد أو التعاقد بخصوصه من الباطن ، على النحو الذى سبق توضيحه (١) .

٢ - أما في مصر ، فقد حسم المشرع الموضوع سواء في اللائحة القديمة (المادة ٨٦) أو في اللائحة الجديدة . فالمادة ٧ من اللائحة الجديدة تنص صراحة على أنه « اذا توفى المتعهد أو المقاول جاز لجهة الادارة فسخ العقد مع رد التأمين ، أو السماح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد بشرط أن يمينوا عنهم وكيلًا بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه ، ويوافق عليه رئيس الادارة المركزية المختص » .
وإذا كان العقد مبرما مع أكثر من متعهد أو مقاول وتوفى أحدهم ، فيكون لجهة الادارة الحق في إنهاء العقد مع رد التأمين ، أو مطالبة باقى المتعهدين بالاستمرار في تنفيذ العقد .
ويحصل الانهاء في جميع هذه الحالات بموجب كتاب موصى عليه بعلم الوصول دون حاجة الى اتخاذ أية اجراءات أخرى أو الالتجاء الى القضاء » .

والأحكام الواردة في المادتين السابقتين تتفق مع القواعد التى أشار اليها الأستاذ دى لوبادير . فالموت بذاته لا ينهى العقد بقوة القانون ، ولكنه يخول الادارة الخيار بين فسخه ، وبين السماح للورثة بالاستمرار في التنفيذ . كما أن المشرع المصرى واجه حالة جديدة وهى حالة تعدد المتعاقدين وموت أحدهم أو بعضهم ، وقد أجرى عليها الحكم الخاص بالورثة .

(١) مؤلفه فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ١١٨ و ١١٩ .

٣ - وما يتصل بالحالة السابقة ، حالة انحلال الشركة المتعاقدة (La dissolution de la société) والأمر هنا في غاية البساطة ، اذ يؤدي انحلال الشركة الى انتهاء العقد ، لأن الشركة ، وهي شخص معنوي مجازي ، لا ورثة لها . ولكن العقد لا ينتهي الا بعد اتمام اجراءات الحل نهائيا . أما في فترة التصفية ، فان الشركة تظل قائمة قانونا وبالتالي يكون عليها - ولها - الاستمرار في تنفيذ العقد ، بل وليس للادارة أن تستند الى مجرد حالة التصفية لانتهاء العقد^(١) . ويختلف الأمر اذا نص في العقد على غير ذلك .

٤ - وفي حالة افلاس المتعاقد أو اعساره ، يرجع مجلس الدولة الفرنسي هنا أيضا الى شروط العقد لمعرفة أثر الحالة الجديدة على استمرار العقد ، ويمثل تلك الشروط . فاذا لم يجد فيها حلا ، فانه يطبق القاعدة التي بمقتضاها لا يؤدي الافلاس أو الاعسار بذاته الى انتهاء العقد ، وانما يكون للادارة في هذه الحالة أن تفسخ العقد اذا رأت أن الصالح العام يقضي ذلك^(٢) ، وهنا أيضا حسمت لائحة المناقصات والمزايدات القديمة هذا الموضوع في المادة ٨٥ منها . وقد نقل المشرع هذا الحكم الى صلب القانون في المادة ٢٧ منه والتي تنص على أن « يفسخ العقد ويصادر التأمين النهائي في الحالات الآتية : ... »

٣ - اذا أفلس المتعاقد أو أعسر ... »

فالافلاس أو الاعسار لا يؤدي بذاته الى انتهاء العقد بقوة القانون ، ولكنه يكون سببا في تمكين الادارة من الفسخ . ولكن المادة لم تترك للادارة حرية الاختيار ، بل جعلت الفسخ اجباريا في الحالة السابقة .

(١) حكم المجلس الصادر في ١٠ مايو سنة ١٩٤٠ في قضية (Nuschaumer) المجموعة ص ١٦٥ ، وفي ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ في قضية (Touchevioux) المجموعة ص ١١٣٨ .

(٢) حكم المجلس الصادر في ٢٢ مارس سنة ١٩٠٢ في قضية (Chambon) المجموعة ص ٢٤٤ وفي ١٨ أبريل سنة ١٩١٧ في قضية (Labat) المجموعة ص ٣١٧ .

الفصل الثانى

سلطات الادارة فى مواجهة المتعاقد معها

١ - تتمتع الادارة - كطرف فى العقد الادارى - بسلطات لا مقابل لها فى القانون الخاص - ولقد رأينا أن مناط هذه السلطات - التى لا يمكن أن يتمتع بها الأفراد - مقتضيات سير المرافق العامة ، وتحقيق الصالح العام - ويمكن رد سلطات الادارة فى هذا الخصوص الى مظاهر أربعة هى :

- أولاً - حقها فى الرقابة على المتعاقد أثناء تنفيذ التزامه .
- ثانياً - حقها فى تعديل التزامات المتعاقد بالنقص أو الزيادة .
- ثالثاً - حقها فى توقيع جزاءات منوعة على المتعاقد اذا أخل بالتزاماته .

رابعا - حقها فى انهاء العقد دون خطأ من جانب المتعاقد . أما المظهر الأخير لسلطات الادارة فائنا نرى ارجاء دراسته الى القسم الرابع والأخير من هذا المؤلف ، والمخصص لدراسة نهاية العقود الادارية . وأما المظاهر الثلاثة الأخرى ، فائنا ندرسها على التوالى فى المباحث القادمة .

٢ - وتحرص محكمة القضاء الادارى المصرية فى معظم أحكامها الصادرة بهذا الخصوص - سواء القديم منها أو الحديث - على إبراز مظاهر تلك السلطات - ونكتفى هنا - على سبيل المثال - بحكمها الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٩٨٢ لسنة ٧ قضائية) والذى تقول فيه ، بعد أن أبرزت خصائص العقد الادارى ، وفقا للمبادئ المقررة فى القانون الادارى « ... وهذا القانون ... يعطى جهة الادارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد - وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها اذا أخل بالتزاماته ، ثم سلطة تعديل العقد

من جانبها وحدها، بل ان لها حق انهاء العقد اذا رأت - حسب مقتضيات المصلحة العامة - أن تنفيذ العقد أصبح غير ضرورى * وهى تتمتع بهذه الحقوق والسلطات حتى ولو لم ينص عليها فى العقد ، لأنها تتعلق بالنظام العام ، وهذا كله دون أن يحتج عليها بقاعدة قوة العقد الملزمة أو بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين بالمعنى المفهوم من ذلك فى القانون المدنى * ومن هذا يبدو واضحا أن كفتى المتعاقدين فى العقود الادارية غير متكافئة على خلاف الأمر فى العقود المدنية حيث يكون التعاقد ثمرة مناقشة حرة بين الطرفين ، وحيث تنضبط حقوق الطرفين ، والتزاماتهما بما تنتهى اليه هذه المناقشة * وعلة ذلك هو تباین الأهداف عند كل من طرفى العقد الادارى * »

وهو ما تؤكدہ المحكمة الادارية العليا أيضا ، ومن أحكامها المعبرة فى هذا الصدد حكمها الصادر فى ٢ مارس سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٦٢٥) فبعد أن أبرزت صلة العقود الادارية بالمرافق العامة ، ومقتضيات هذه الصلة ، استطردت تقول : « * » و يترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الاشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الادارية ، ولها دائما حق تغيير شروط العقد واطافة شروط جديدة بما قد يترامى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، كما يترتب عليها كذلك أن للإدارة سلطة اتمام العقد اذا قدرت أن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام ، ولا يكون للطرف الآخر الا الحق فى التمسويس ان كان له حق ، وذلك كله على خلاف الأصل فى العقود المدنية * »

ولم تبق هذه المبادئ نظرية ، بل طبقتها الادارة ، وطرحت على القضاء الادارى حالات عديدة وأعمل فيها المبادئ السابقة كما سنرى فيما بعد *

٣ - وإذا كانت العقود الادارية نادرا ما تخلو من مظاهر سلطات الادارة السابقة ، وكانت القوانين واللوائح تنص على تلك المظاهر باستمرار ، فان المسلم به أن طبيعة العقد الادارى ، واتصاله بالصالح

العام ، يجعل من تلك المظاهر حقا أصيلا للإدارة ، تتمتع بها دون حاجة الى النص على ذلك فى العقد . ويترتب على هذه القاعدة الأصلية نتائج بالغة الخطورة منها :

(أ) أن عدم النص على أى مظهر من تلك المظاهر لا يعنى أن الإدارة لا تستطيع أن تمارس تلك الحقوق ، لأن مرجع حق الإدارة فى ذلك الى طبيعة العقد . فإذا كان العقد اداريا كان للإدارة أن تمارس من الحقوق السابقة بقدر ما تدعو اليه الحاجة ، ذلك أن تلك الحقوق كما ذكرنا تستمدّها الإدارة لا من اتفاق الطرفين عليها صراحة أو ضمنا ، ولكن من مبادئ القانون الإدارى مباشرة . ولهذا كان النص على تلك المظاهر فى العقد من الأدلة القاطعة على طبيعة العقد الإداريّة كما ذكرنا .

(ب) اذا تضمن العقد المبرم بين الإدارة والأفراد النص على بعض مظاهر تلك السلطات دون بعضها الآخر ، فان للإدارة أن تستعمل السلطات المنصوص عليها والتي لم ينص عليها أيضا للأسباب السابقة .

(ج) لا تستطيع الإدارة أن تتفق فى عقد تبرمه بينها وبين الأفراد على التنازل عن استعمال تلك الحقوق بعضها أو كلها ، ولا حتى على تقييد حقها فى استعمال تلك السلطات ، لأن تلك السلطات تتعلق باختصاصات الإدارة التى لا يمكن أن تكون محل تعاقد أو تصالح بينها وبين الأفراد ، وكل اتفاق يتم على خلاف ذلك فهو باطل لا يمتد به .

وتلك الأحكام مستقرة فى قضاء كل من مجلسى الدولة المصرى والفرنسى كما سنرى فيما بعد .

المبحث الأول

حق الرقابة «Les pouvoirs de contrôle»

١ - قد يقصد بحق الرقابة على المتعاقد المعنى الضيق ، والذي ينحصر في التحقق من أن المتعاقد يباشر تنفيذ العقد طبقا لشروطه .
ووفقا لهذا المعنى الضيق «*Stricto Sensu*» يكون حق الرقابة مرادفا لمعنى الاشراف «*contrôle, surveillance*» ولا جندال في هذا الحق الذي نجد مرادفا له حتى في عقود القانون الخاص . وتمارس الادارة هذا الحق عادة عن طريق ايفاد بعض مهندسيها لزيارة مواقع العمل ، والتأكد من سيره وفقا للمواعيد المحددة ، ولفحص المواد المستعملة للاطمئنان الى جودة نوعها ، والى أن كل شيء يسير وفقا لمقتضيات الصالح العام .
ويكون تدخل الادارة هنا في الحقيقة ممهداً لتسلم العمل عند اتمامه ، فهو مكمل لرقابة الفحص اللاحقة عند التسلم «*La reception*»

٢ - ولكن حق الرقابة يتجاوز المعنى الضيق السابق ، ويسمح للادارة بأن تتدخل بدرجة تزيد على حد التأكد من سلامة تنفيذ العقد أثناء القيام به ، في حالة ما اذا استعملت الادارة حق الرقابة للتدخل في أوضاع تنفيذ العقد، وتغيير بعض الأوضاع «*Le choix des modalités d'exécution*» وذلك في الحالات غير المنصوص عليها صراحة في العقد ، لأن حق الرقابة غير حق التعديل الذي سوف نعرض لدراسته فيما بعد . ومن ذلك مثلا أن تتدخل الادارة وتطلب استعمال طريقة في التنفيذ غير تلك التي يلجأ اليها المتعهد ، وهنا تصبح الرقابة بمثابة توجيه المتعاقد «*pouvoir de direction*»

٣ - ويلاحظ أن العقود الادارية في فرنسا تتناول بالشرح مدى ملحة الادارة في التدخل في أوضاع تنفيذ العقد . وكذلك قد ينص على مدى سلطات الادارة في بعض القوانين واللوائح التي تنظم الموضوع ، وحينئذ لا صعوبة في الأمر ، إذ تنفذ الشروط الواردة في العقود أو النصوص التشريعية .

وقد وردت الاشارة الى هذا الحق فى المادة ٨٨ من اللائحة المرفاه ، وفى المادة ٧٧ من اللائحة الجديدة ، والتي تنص على أن المفاوض « يكون مسئولاً عن حفظ النظام بموقع العمل ، وتنفيذ أوامر جهة الادارة ، بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الفس أو يخالف أحكام هذه الشروط - ويلتزم المفاوض أيضاً باتخاذ كل ما يكفل منع الاصابات أو الحوادث أو الوفاة للعمال أو أى شخص آخر أو الاضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد - وتعتبر مسئوليته فى هذه الحالات مباشرة دون تدخل لجهة الادارة - وفى حالة اخلاله بتلك الالتزامات يكون لجهة الادارة الحق فى تنفيذها على نفقته » .

كما أن المادة السابعة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ - الخاص بنظام التزامات المرافق العامة - والمعدلة بمقتضى القانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ والقانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ - تنص على أنه : « لمانح الالتزام أن يراقب انشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والادارية والمالية » وله فى سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه فى مختلف الفروع والادارات التى ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق ، ويختص هؤلاء المندوبين بدراسة تلك النواحي ، وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام » ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية - بناء على اقتراح الوزير مانح الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام - أن يعهد الى ديوان المحاسبة بمراقبة انشاء المرفق وسيره من الناحية المالية ، أو أن يعهد بالرقابة الفنية والادارية عليه الى أية هيئة عامة أو خاصة . كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفى وزارته أو غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتولى أمر من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة - وفى هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة أو الهيئة أو اللجنة المكلفة بالرقابة دراسة النواحي التى نيط بها رقابتها ، وتقديم تقرير بذلك الى كل من الوزير المختص والجهة مانحة الالتزام .

« وعلى الملتزم أن يقدم الى مندوبى الجهات التى تتولى الرقابة وفقاً للأحكام السابقة كل ما قد يطلبون من معلومات أو بيانات أو

احصاءات، كل ذلك دون الاخلال بحق مانح الالتزام فى فحص الحسابات أو التفتيش على ادارة المرفق فى أى وقت » . ولقد كان نص المادة قبل تعديله يقصر الرقابة على النواحي المالية ، فعدل النص الى وضعه الجديد ، وبررت المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ هذا التعديل بقولها : « والحكم الوارد فى المادة «الف» الذكر (٧ قديما) وان أبرز حق رقابة الملتزم من الناحية المالية الا أنه من المسلم أن حق الرقابة فى أصله ليس قاصرا (يقصد مصورا) على الرقابة المالية دون غيرها ، بل يمتد الى الناحيتين الفنية والادارية . وحق الرقابة يظل موجودا طالما وجد المرفق العام ، وبمباراة أخرى أن الطبيعة القانونية للمرفق العام هى الأساس القانونى لسلطة الدولة فى الرقابة ، ذلك أن المرفق العام ما هو الا هيئة أو مشروع «entreprise» يعمل باطراد وانتظام لسد حاجات الجمهور . ومن مقتضى مراقبة سير المرفق العام أن يكون للدولة تعيين مندوبين فى جميع ادرات وفروع المرفق العام ، تكون مهمتهم دراسة كيفية قيام الملتزم بإدارة المرفق وتقديم توصياتهم للدولة فى هذا الشأن^(١) » .

٤ - وحينما لا يوجد نص يبين مدى سلطة الادارة فى الرقابة - سوء فى المقعد أو فى القوانين واللوائح - يشور البحث حول مدى حق الادارة فى التدخل فى أوضاع تنفيذ المقعد . أما عن الرقابة بمعناها الضيق الذى حددناه ، فلا شك حول حق الادارة فى ممارستها

(١) كما أن المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ بتعديل ذات المادة - وهى قد عدلت مرتين كما ذكرنا - تقول : « وحق الرقابة على الملتزم حق أساسى مرده الى فكرة المرفق العام وما يقتضيه سيره وانتظامه » وهو حق ثابت للجهة مانحة الالتزام ولو لم ينص عليه فى المقعد ، بل يظل موجودا طالما وجد المرفق العام ، وقد تضمن المشروع المقترح تعديل نص المادة ٧ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بما يكفل تحقيق رقابة أدق وأوفى على الملتزم لكفالة سير المرفق العام » واستطردت المذكرة تقول : « ولئن كان المشروع قد تضمن صوراً متعددة من الرقابة لكفالة سير المرافق العامة وانتظامها ، الا أن اختيار إحدى هذه الوسائل أو الجمع بينها مرده الى الوزير المختص (أو الجهة المختصة) اذ يترواح فى تقدير ملائمة كل منها لاحتياجات المرفق ، وما يقتضيه نظام سيره ، بما يحقق المصلحة العامة . فعلى ضوء احتياجات المرفق العام ، يقرر الوزير اختيار ما يناسبها من وسائل الرقابة وما يتلزم معها من صورها ، فلا يجمع بين أكثر من صورة منها الا اذا قدر أنها أدعى الى تأمين سير المرفق ، وتغليب المصلحة العامة التى تنفيهاها المقعد الادارية » .

على النحو الذى أوضحناه • وأما عن الرقابة التى تتناول التدخل فى اختيار أوضاع التنفيذ ، فإن الأمر بشأنها يدق ، ويختلف باختلاف العقود ، وفقا لمدى صلة العقد بالمرفق العام ، وهو الأساس الذى تقوم عليه سلطات الإدارة :

ففى عقود امتياز المرافق العامة ، رأينا الى أى مدى تصل الرقابة بمقتضى المادة السابعة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ (معدلة) •

وفى عقود الأشغال العامة ، يسلم مجلس الدولة الفرنسى للإدارة بسلطات واسعة فى الرقابة فيما يتعلق باختيار المواد ، وطرق التنفيذ ، لأن الإدارة هى صاحبة المشروع ، ولها الحق بالتالى فى توجيه التنفيذ • (L'administration est le maître de l'ouvrage)

أما فى عقود التوريد مثلا حيث تضعف الصلة بين تنفيذ الالتزام وبين سير المرفق العام فإن الأصل أن يستقل المورد باختيار طريقة التنفيذ ، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك •

٥ - على أنه مهما كانت سلطة الإدارة فى رقابة التنفيذ وتوجيهه فإنها يجب أن تقف عند حد عدم تغيير طبيعة العقد (La dénaturaton du contrat) وألا تتجاوز حدودا معينة كما سنرى فيما بعد •

المبحث الثانى

حق التعديل

«Le pouvoir de modification unilatérale»

وندرس فى فرعين متتاليين :

أولا - صور حق التعديل ، وأساسه ومداه •

ثانيا - دراسة تطبيقية لهذا الحق فى عقود الامتياز والأشغال العامة والتوريد •

الفرع الأول

صور حق التعديل وأساسه ومداها

١ - لاشك في أن حق التعديل أخطر من حق الرقابة في أقصى صورة والذي أشرنا اليه في المبحث السابق : فالادارة هنا لا تتدخل في مجال مسكوت عنه في العقد ، وانما تحاول أن تغير في الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد اما بالزيادة أو النقصان • ويمكن أن يرجع التعديل الى عنصر من العناصر الآتية :

(أ) كمية الأعمال أو الأشياء محل العقد

(Le volume ou la quantité des prestations)

(ب) شروط التنفيذ المتفق عليها (Les conditions d'exécution)

(ج) وأخيرا مدة التنفيذ (La durée du contrat)

٢ - وواضح أن سلطة الادارة هنا تبلغ أقصى مداها ، لأن حق الادارة يهاجم قاعدة الزام العقد لطرفيه في الصميم ، وهي جوهر الرابطة التعاقدية كما هو معروف • وهذه السلطة الخطيرة يرد النص عليها صراحة في العقود الادارية ، وفي دقاتر الشروط ، وتعتبر من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة ، والتي تميز العقود الادارية عما عداها كما رأينا تفصيلا •

ولكن هل تملك الادارة هذه السلطة اذا لم يرد عليها نص صريح في العقد ؟! يذهب الرأي الراجح في الفقه الادارى الفرنسى الى وجود هذا الحق مستقلا عن النص الوارد بخصوصه في العقد ، ذلك أن العقد اذا نص عليه ، فان هذا النص يكون كاشفا لا منسئا • ولكن هذا الرأي الذى يعترف للادارة بهذه السلطة الخطيرة ، لا يجعل من هذا الحق سلطة مطلقة ، تهدر قاعدة الزام العقود لطرفيها ، وانما معنى أن العقد الادارى يتمتع بقدر من المرونة (une certaine mutabilité) تستلزمة طبيعة العقد ، واتصاله بالمرق المام^(١) •

(١) مطول جيز في العقود ، الجزء الأول ، ص ٣١٩ وموجز بونار في القانون الادارى ، ص ٦٢٠ وببحث للأستاذ فالين في مجلة القانون المام سنة ١٩٤٨ ص =

وزهدت أقلية الى مهاجمة حق الادارة فى التعديل * ولعل موقف الفقيه جيز فى هذا الصدد ، له دلالة خاصة ، فيمد أن أيد حق الادارة فى التعديل اذ به يمدل عن خطته السابقة ، ويهاجم ذلك الحق ، فهو لا يعترف به الا فى عقدى الأشغال العامة والامتياز * ومرجع ذلك عنده الى طبيعة عقد الامتياز بالذات ، لأن شروطه ليست كلها شروطا تعاقدية ، بل منها ما هو لائعى كما هو معروف ، وبالتالي يكون للادارة حق تعديل الشروط اللائحة دون التعاقدية * أما فى غير تلك الحالة ، فانه لا يجوز للادارة أن تستقل بتمديد شروط عقد وافق عليه كل من الطرفين بحرية^(١) .

«Il n'appartient pas à l'administration de modifier les clauses d'un contrat librement acceptés par les parties».

بل تطرف بعض الفقهاء المحدثين فى هجومهم على فكرة سلطة الادارة فى التعديل ، فذهب الفقيه (L'Huillier) الى أن هذا الحق فى الواقع هو من خلق الفقهاء ، وأن قضاء مجلس الدولة الفرنسى لا يؤيده (dogme proposé à la fois des juristes) وقد استند هذا الفقيه الى حكم لمجلس الدولة الفرنسى صادر فى ١١ يوليو سنة ١٩٤١ فى قضية (Hôpital-Hospice de Chaumy) (٢) ، ويتعلق هذا الحكم بمقد وكالة (mandat) وقد جاء فيه قول المجلس :

«Il n'appartenait pas à l'administration de modifier unilatéralement les conditions dudit mandat».

ومن ثم فانه يرى أن سلطة التعديل لا تتمتع بها الادارة الا بمقتضى نص فى التشريع أو فى المقد ذاته *

والواقع أن هذا رأى المتطرف ، ينكر طبيعة المقد الادارى * وهو يقع فى التناقض حين يقرر أن سلطة التعديل يمكن أن تتمتع

= ٨٠ ، ورعاية الفقيه بكينو ص ٣٦٣ ، ومطول دويژوى يرد فى القانون الادارى ص ٩٠٦ ، ومطول دى لوبادير فى القانون الادارى ، رقم ٨٠١ وما بعدها ، وأخيرا مطوله فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٢٣١ .

(١) راجع تعليقه بهذا المعنى فى مجلة القانون العام سنة ١٩٤٥ ، ص ٢٥٧ .

(٢) منشور فى مجموعة سريى ، سنة ١٩٤٧ ، القسم الثالث ، ص ١٥ .

بها الادارة اذا نصت عليها في العقد . فالمسلم به ، أن طبيعة العقد باعتباره عقدا : تأبى مثل هذا الشرط ، وأن شرط التعديل لا يكون مشروعا الا في العقد الادارى نظرا للطبيعة الخاصة بهذا العقد . ومنطق هذا الأساس ، أن يكون للادارة ممارسة تلك السلطة ، اذا ثبتت طبيعة العقد الادارى دون حاجة للنص عليها صراحة . أما القول بأن قضاء مجلس الدولة الفرنسى لا يؤيد هذا الحق ، ففيه مبالغة ، فالحقيقة التى اكدها الفقهاء أن سلطة التعديل تستند الى قضاء مجلس الدولة الفرنسى . ولكن هذا القضاء أصبح نادرا فى الوقت الحاضر ، كما يقول الفقيه دى لوبادير ، نظرا لأن العقود الادارية قد جرت على النص على سلطة التعديل وعلى رسم حدودها ، مما ضيق من مجال القضاء فى هذا الصدد^(١) .

٣ - ومهما كان الخلاف حول سلطة التعديل فى فرنسا ، فإن هذا الحق كان فوق كل شك فى مصر فى ظل لائحة المناقصات والمزايدات الملغاة ، فقد ورد النص عليه صراحة ، وبصفة عامة ، فى المادة ٨٧ من تلك اللائحة حيث تقول : « تحتفظ الوزارة أو المصلحة بالحق فى تعديل العقد بالزيادة أو النقص فى حدود ١٥٪ فى عقود التوريد و ٣٠٪ فى عقود توريد الأغذية و ٢٥٪ فى عقود الأعمال ، دون أن يكون للمتعهد أو المقاول الحق فى المطالبة بأى تعويض عن ذلك » .

هذا ولقد أضيفت الى المادة السابقة فقرة جديدة بمقتضى القرار الوزارى رقم ١٧٦ لسنة ١٩٦٠ بمقتضاها : « يجوز بقرار من وكيل الوزارة أو رئيس المصلحة أو مدير السلاح فى الوزارات أو المناطق والمصالح والأسلحة تجاوز الحدود الواردة بالفقرة السابقة

(١) مطوله فى العقود الادارية ، الجزء الثانى ، ص ٣٧٢ حيث استعرض قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد بالنسبة الى عقد الامتياز وغيره من العقود . وراجع على الخصوص رسالة الدكتور ثروت بدوى ، المرجع السابق ، ص ٥٩ حيث أورد قضاء مجلس الدولة الخاص بزيادة عربات الترام ، وص ٦١ حيث أورد القضاء الخاص بالاضامة ، وقضاء المجلس الخاص بالفسخ ص ٦٦ ، وأخيرا قضاءه الخاص بزيادة المقابل أو انقاصه ص ٦٨ .

فى الحالات الطارئة أو الاستثنائية بشرط ألا يؤثر ذلك على أولوية المتعهد أو المقاول فى ترتيب عطائه ، ووجود اعتماد فى الميزانية يسمح بذلك ، وضرورة الحصول على موافقة المقاول عليها » .

كما أن المادة ٩٣ من ذات اللائحة تقضى بأنه « على المقاول أن ينهى جميع الأعمال الموكول اليه تنفيذها بما فى ذلك أية زيادات أو تغييرات تصدر بها أوامر من الوزارة أو المصلحة أو السلاح بمقتضى ما يكون مخولا لها من حقوق فى العقد ... » .

هذا فضلا عما يرد فى القوانين الخاصة بكل عقد على حدة ، كما هو الشأن فى عقد الامتياز كما « نرى » .

وهذا الاجمال الذى ورد فى النصوص التشريعية تولت محكمة القضاء الادارى تفصيله فى أحكام كثيرة لها نكتفى منها بحكمين على سبيل المثال وهما :

أولا : حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦^(١) . وقد جاء فيه بمد أن أبرزت المحكمة خصائص العقود الادارية المميزة لها عن عقود القانون الخاص قولها : « ... ومقتضى هذه السلطة أن الادارة تملك من جانبها وحدها وبارادتها المنفردة - على خلاف المألوف فى معاملات الأفراد فيما بينهم - حق تعديل العقد أثناء تنفيذه ، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد ، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أو تنقصها ، وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص على خلاف ما ينص عليه العقد ، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل ، ومن غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز تعديله الا باتفاق الطرفين ، وذلك لأن طبيعة العقود الادارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة ، تفترض مقدما حدوث تغيير فى

(١) القضية رقم ١٦٠٩ لسنة ١٠ قضائية ، وزارة التموين ضد السيد محمد محمد خليل ، ، السنة ١١ ص ٩٠ .

ظروف العقد وملايساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق ، وأن التعاقد فيها يتم على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند التعاقد الى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما يترتب عليه أن الادارة ، وهى صاحبة الاختصاص فى تنظيم المرفق وتحديد قواعد سيره ، تملك حق تعديل العقد بما يوائم هذه الضرورة وتحقيق تلك المصلحة . ومن ثم كانت سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب ، بل من طبيعة المرفق واتصال العقد الادارى به ، وضرورة الحرص على انتظام سيره ، ووجوب استدامة تعهد الادارة له واشرافها عليه بما يحقق الصالح العام . ومن هنا يثبت حق الادارة فى التعديل بغير حاجة الى النص عليه فى العقد أو موافقة الطرف الآخر عليه اعتباراً بأن هذا الحق يتركز على سلطة الادارة الضابطة لناحية العقد المتعلقة بالصالح العام . فاذا أشارت نصوص العقد الى هذا التعديل ، فإن ذلك لا يكون الا مجرد تنظيم لسلطة التعديل ، وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك ، يضاف الى هذا أن جهة الادارة نفسها لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بالنظام العام .

« ومن حيث انه وإن كانت سلطة التعديل هذه تتناول وتشمل جميع العقود الادارية . . . » .

ثانياً : حكمها الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ١٩٨٣ لسنة ٧ قضائية) حيث تقول : « إن سلطة جهة الادارة فى تعديل العقد أو فى تعديل طريقة تنفيذه ، هى الطابع الرئيس لنظام العقود الادارية ، بل هى أبرز الخصائص التى تميز نظام العقود الادارية عن نظام العقود المدنية . ومقتضى هذه السلطة أن جهة الادارة تملك من جانبها وحدها وبارادتها المنفردة - وعلى خلاف المؤلف فى ماملات الأفراد فيما بينهم - حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد ، فتزيد من أعباء الطرف الآخر - أو تنقصها - كلما اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل ، من غير أن يحتج عليها

بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز
تصديله الا باتفاق الطرفين - وهى من القواعد المقررة فى مجال
القانون الخاص - ذلك لأن طبيعة العقود الادارية وأهدافها وقيامها
على فكرة استمرار المرافق العامة تفترض مقدما حصول تغيير فى
ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات «ير المرفق ،
وأن التعاقد يتم فيها على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند إبرام
العقد الى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما
يترتب عليه أن جهة الادارة - وهى صاحبة الاختصاص فى تنظيم
المرفق وتحديد قواعد تسييره - تملك حق التعديل بما يوائم هذه
الضرورة ويحقق تلك المصلحة ، وهى فى ممارستها سلطة التعديل
لا تخرج على العقد ولا ترتكب خطأ ولكنها تستعمل حقاً ، ومن ثم
كانت سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب ، بل من
طبيعة المرفق واتصال العقد به ووجوب الحرص على انتظام سيره
واستدامة تمهيد الادارة له واشرفها عليه بما يحقق المصلحة العامة .
ومن هنا يثبت حق الادارة فى التعديل بغير حاجة الى النص عليه فى
العقد وموافقة الطرف الآخر عليه ، واعتباراً بأن هذا الحق يتركز
على سلطة الادارة الضابطة لناحية العقد المتصلة بالصالح العام .
فاذا ما أشارت نصوص العقد الى هذا التعديل ، فإن ذلك لا يكون
الا مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما
يترتب على ذلك دون أن يكون فى ذلك مساس بالحق الأصيل المقرر
لجهة الادارة فى التعديل - ولذلك فانه من المقرر أن جهة الادارة
نفسها لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق
بالنظام العام - وسلطة التعديل هذه وإن كانت تشمل جميع العقود
الادارية ، بما فيها عقود الأشغال ، فانها تبدو فى أبرز مظاهرها
فيما يتعلق بالعقد المذكور اعتباراً بأن جهة الادارة هى صاحبة
الاختصاص الأول والأصيل فيما يتعلق بهذه الأشغال . . . » .

كما أن المحكمة الادارية العليا تؤكد هذا الحق ، وتشير اليه فى

أحكامها ، ومنها حكمها الصادر فى ٢ مارس سنة ١٩٦٨ ، وقد سبق أن أوردنا فقرة منه بهذا المعنى •

ولكن هذه الأحكام لم ترد فى لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة ، ولا فى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ • وقد ورد حكم مجمل فى المادة ٨٠ من اللائحة الجديدة يقرر أن « المقادير والأوزان الواردة بجدول الفئات هى مقادير وأوزان تقريبية قابلة للزيادة والعجز تبعا لطبيعة العملية • والفرض منها هو بيان مقدار العمل بصفة عامة ، والأثمان التى تدفع للمقاوّل تكون على أساس الكميات التى تنفذ فعلا ، سواء أكانت تلك الكميات أقل أم أكثر من الوارد بالمقاييس أو الرسومات ، وسواء نشأت الزيادة أو العجز عن خطأ فى حساب المقاييس الابتدائية أو عن تغييرات أدخلت فى العمل طبقا لأحكام العقد ، وبمراعاة ألا يؤثر ذلك على أولوية المقاوّل فى ترتيب عطائه • • • » والمبدأ العام الوارد فى هذه المادة يقرر مبدأ الزيادة والنقصان فى الكميات المتعاقد على شرائها أو القيام بها • ون ثم فإن المبادئ التى قرررها القضاء فيما سبق تحتفظ بقيمتها ، وبمراعاة أن سلطة التعديل تستمد لا من النصوص ، ولكن من طبيعة العقد الإدارى •

٤ - والمسلم به أن سلطة الإدارة فى التعديل تلك ، إنما مناطها احتياجات المرافق العامة ، فهى ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية التى تتمتع بها الإدارة ، ولكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام التى يرجع إليها معظم قواعد القانون الإدارى • وقد أحسن القضاء الإدارى المصرى فى إبراز العلاقة بين تلك السلطة الخطيرة ، وبين مقتضيات سير المرافق العامة ، كما هو واضح من الفقرات التى أوردناها ونوردها فيما بعد • وإرجاع سلطات الإدارة الخطيرة فى التعديل الى فكرة المرفق العام ، يسمح بتحديد ظروف استعمال تلك السلطة ، وتعيين الشروط التى يجب توافرها لشرعية ذلك الاستعمال • ويمكن على ضوء هذا الأساس تحديد تلك الشروط على النحو التالى :

أولاً - لما كانت سلطة التعديل تستند الى مقتضيات سير المرافق العامة ، والتي أهمها قابلية المرفق العام للتغيير والتعديل ، بقصد ادام الخدمة العامة على أتم وجه ، فيجب أن تكون قد استجبت ظروف بعد ابرام العقد ، تبرر هذا التعديل (Changement de circonstances) بحيث لا تستطيع الادارة أن تلجأ الى تعديل شروط العقد بارادتها المنفردة دون تغير الظروف التي تم ابرام العقد في ظلها .

ولكن ما الحل اذا كانت الظروف لم تتغير ، ولكن الادارة أخطأت في تقدير مقتضيات سير المرافق العامة ، فلم تقدرها التقدير السليم في العقد ، فهل تملك تعديل العقد بما يتفق والحاجات الحقيقية للمرفق العام ؟ لقد ذهب الدكتور ثروت بدوى في رسالته عن « عمل الأمير » الى الاجابة بالنفى ، فهو يرى أن على الادارة فى هذه الحالة أن تتحمل نتيجة الخطأ الذى وقعت فيه ، لأنه كان عليها أن تتخذ احتياطاتها من أول الأمر وتقدر حاجة المرفق تقديرا سليما^(١) . وهذا الرأى يتجاهل الأساس الذى تقوم عليه سلطة التعديل ، فهى مرتبطة كما ذكرنا بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة ، ومن أولها قاعدة قابلية المرفق العام للتغيير . والمرفق العام يقبل التغيير فى كل وقت متى ثبت أن التغيير من شأنه أن يؤدى الى تحسين الخدمة التى يقدمها الى المنتفعين . وفكرة التعديل هى فكرة ملازمة للقاعدة السابقة . وسواء أكانت الادارة مخطئة فى تقديراتها أو غير مخطئة فى تقديراتها ، فانه يجب أن نمكنها من تنظيم المرفق بالطريقة التى تحقق الصالح العام على أتم وجه ممكن ، لاننا لسنا بصدد عقاب الادارة على خطئها ، ولكن بصدد اعمال القواعد الضابطة لسير المرافق العامة . وواضح أن الرأى السابق يؤدى الى اهدار المصلحة العامة ، بقصد اعمال قاعدة استقرار العقود ، وهى فكرة يقصد بها حماية المتعاقدين . ولهذا لم يجد الدكتور ثروت مناصاً من الاعتراف بأن

(١) ص ١٠١ من رسالته ، وقد جاء فيها :

«Si dès la formation du contrat, l'Administration n'a pas fait une exacte appréciation des intérêts de la collectivité, elle n'a s'en prendre qu'à elle — même. Elle ne pourrait pas revenir sur sa faute et imposer à son co-contractant la modification du contrat pour mieux répondre aux besoins de la collectivité. Elle n'a qu'à étudier parfaitement et à fonder ses projets avant de les soumettre à ses entrepreneurs.

(٢ - ٣٠ المقود الادارية)

رأيه السابق ، يخالف الفقه الحديث في فرنسا ، وقضاء محكمة القضاء الإداري المصرية^(١) .

ويجب أن يلاحظ في نهاية الأمر أن المتعاقد انما هو شخص يسمى الى الربح ، وبالتالي فان مصلحته ليست في بقاء العقد ، بقدر ما هي في المحافظة على المزايا المالية التي تعاقد من أجلها . والمسلم به كما منرى تفصيلا فيما بعد ، أن سلطة التعديل رغم خطورتها ، لا يمكن أن تنال من المزايا التي عول عليها المتعاقد عند قبوله العقد . ومن ثم فلا داعي للمغالاة في تقييد حرية الادارة في تعديل شروط العقود الادارية استنادا الى مصالح مدعاة للمتعاقد منها .

ثانيا - في الحالات التي يجوز للادارة فيها أن تعدل من شروط العقد الإداري ، يجب عليها أن تحترم في اجراء هذا التعديل القواعد العامة للمشروعية «Le principe de la légalité administrative» فيصدر التعديل من السلطة المختصة باجرائه ، ووفقا للاجراءات الشكلية المقررة بحيث يكون للمتعاقد أن يتمسك ببطلان كل تعديل يتم على خلاف القواعد المقررة^(٢) .

ثالثا - ان الراجع أن سلطة التعديل لا تتناول جميع شروط العقد ، وانما تقتصر على تلك المتعلقة بتسيير المرفق العام «clauses qui intéressent le fonctionnement du service public» ، وتلك نتيجة أخرى لملاقة العقد بالمرفق العام . ومن ثم فان الادارة لا تملك تعديل شروط العقد الأخرى ، والمنبئة الصلة بالمرفق العام^(٣) .

(١) رسالته ص ١٠١ حيث يقول :

«C'est là que nous séparons de la doctrine en France et de la jurisprudence de la Cour du Contentieux administratif en Egypte qui reconnaissent à l'Administration le droit de modifier ses contrats à toute époque dès lors qu'elle a en vue la satisfaction de l'intérêt général».

(٢) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٨ يوليو سنة ١٩٣٠ ، في قضية «Jesse» مع تقرير المفوض «Cie P. L. M. et autres» مجلة القانون العام ، سنة ١٩٣١ ، ص ١٤١

(٣) حكم المجلس الصادر في ٧ أغسطس سنة ١٨٩١ في قضية «Morelli» دالوز سنة ١٨٩٣ ، القسم الثالث ص ١٨ ، وفي ٩ مارس سنة ١٩٥١ في قضية «Didonne» المجموعة ص ١٩٤٩ وفي ١١ يوليو سنة ١٩٤١ في قضية «Hospital-Hospice de Chauny» المجموعة ص ١٢٩ .

وقد أكدت محكمة القضاء الإدارى المصرية هذه القاعدة فى حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (وقد «يقط الإشارة إليه) حيث تقول : « ٠٠ إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة ، بل يرد عليها قيود منها أن تقتصر على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق ومقتضياته ، ومنها أنها لا تطبق بقدر واحد فى جميع العقود ، بل تختلف باختلاف العقود على أساس مدى مساهمة المتعاقد مع الإدارة فى تسيير المرفق ، بمعنى أنه إذا كانت هذه السلطة تبرز فى عقود الالتزام اعتباراً بأن للإدارة الاختصاص الأول والأصيل فى تسييرها ، فإنها تكون فى أضيق الحدود حيث يكون موضوع العقد مساهمة من جانب المتعاقد فى تسيير المرفق العام بطريق غير مباشر كما هو الشأن فى عقود التوريد » (١) .

رابعاً - فى المجال الذى تملك الإدارة تعديله من شروط العقد ، تنقيد « لسلطتها فى التعديل بالألا تتجاوز حدا معيناً » « Les modifications ne doivent pas excéder certaines limites » ذلك أنه مهما كانت سلطة الإدارة ومقتضيات المصلحة العامة ، فيجب ألا يغرب عن البال أن المتعاقد قبل الالتزام فى عقد بعينه ، يقوم على موضوع محدد ، فيجب على الإدارة ألا تفرض عليه تعديلات تجعله أمام عقد جديد ، ما كان يقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة . كما أن المتعاقد إنما يقبل التعاقد على ضوء امكانياته المالية والفنية . فعلى الإدارة عند اجراء التعديل أن تحرص على عدم قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب *boulversement du contrat et de son économie générale* ولقد أشارت المحكمة الإدارية العليا الى هذا الشرط صراحة فى حكمها الصادر فى ١١ أبريل سنة ١٩٧٠ (س ١٥ ، ص ٢٦٤) حيث تقول : « كما أن لها (الإدارة) سلطة تعديل العقد ، بحيث لا يصل التعديل الى الحد الذى يخل بتوازنه المالى » . ومن ثم فقد حرصت المادة ٨٧ من اللائحة المفغاة على أن تحصر التعديل فى

(١) وجاء فى حكمها الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ أن سلطة التعديل ليست مطلقة من كل قيد وأن « ٠٠٠ جهة الإدارة لا تملك أن تمس بالتعديل المزايا المالية المتفق عليها فى العقد والتي يتمتع بها المتعاقد منها » .

حدود نسب معينة ليس للادارة أن تتجاوزها الا بالاتفاق مع الطرف المتعاقد^(١) . وتلك النسب هي : ١٥٪ في عقود التوريد و ٣٠٪ في عقود توريد الأغذية ، و ٢٥٪ في عقود الأعمال . ولا شك أن تلك النسب التي لم ترد في اللائحة الجديدة ، لم تعد تقيد الادارة ، كما أنه ليس هناك ما يمنع الادارة من الاتفاق مع المتعاقد على أى قدر من الزيادة بمقتضى اتفاقات لاحقة . هذا وتحرص محكمة القضاء الادارى على ابراز القيود التي ترد على سلطة الادارة فى التعديل : فهي فى حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ تقول أيضا : « وأخيرا فإن من هذه القيود (التي ترد على سلطة الادارة فى التعديل) ما يتصل بمدى الأعباء الجديدة التى تلقى على عاتق المتعاقد مع الادارة نتيجة لممارستها هذه السلطة ، اذ يجب أن تكون تلك الأعباء فى الحدود الطبيعية المعقولة من حيث نوعها وأهميتها ، لا أن يكون من شأنها فسخ العقد الأصل ، أو تبديل موضوعه أو انشاء محل جديد له غير ما تم عليه الاتفاق أو أن تؤدي هذه الأعباء الى ارهاق المتعاقد فتجاوز امكانياته الفنية أو الاقتصادية والا جاز له أن يمتنع عن تنفيذها ، بل ان له أن يطلب فسخ العقد تأسيسا على أن التمويض الذى تلتزم به جهة الادارة فى مقابل حقها فى التعديل لا يكفى لاصلاح الضرر الذى نشأ عن هذا التعديل ، فله أن يتفادى النتائج الخطيرة المرهقة التى كان يتحملها . وتقدير ذلك كله يدخل فى سلطة القاضى ويخضع لرقابة محكمة القضاء الادارى »^(٢)

(١) وقد ورد هذا القيد صراحة فى الفقرة المضافة الى المادة ٨٧ والتي سبقت الإشارة اليها . فبعد أن سمحت تلك الفقرة بتجاوز النسب المقررة فى الفقرة الأولى اشترطت ضرورة « ... الحصول على موافقة المتهمل أو المقاتل عليها » .

(٢) سبقت الإشارة الى هذا الحكم . وقد أكدت المحكمة المبادئ الواردة به ، فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (وقد سبقت الإشارة اليه) حيث تقول :

« ومنها كذلك أنه اذا كان من شأن التعديل زيادة أعباء المتعاقد مع الادارة ، الا أنه لا يصح أن تتجاوز الأعباء الجديدة الحدود الطبيعية المعقولة فى نوعها وفى أهميتها أو أن تفوق فى قيمتها أو نتائجها ما اتفق عليه أصلا فى العقد بدرجة كبيرة أو أن يكون من شأنها أن تقلب العقد رأيا على مقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد أو تغير فى موضوع العقد أو معمله أو أن تؤدي الأعباء الجديدة الى =

وتؤكد المحكمة الإدارية العليا هذا الحق في قضائها ، ومن ذلك على سبيل المثال قولها في حكمها الصادر في ١١/٤/١٩٧٠ ، مجموعة المبادئ المؤقتة ، ص ٤٣) « ٠٠٠ كما أن لها (الإدارة) سلطة تعديل العقد بحيث لا يصل التعديل الى الحد الذي يخل بتوازنه المالي ، والا كان للطرف الآخر في هذه الحالة التمسك باعتبار العقد مفسوخا ، والمطالبة بالتعويضات ان كان لها وجه » .

خامساً - ويوازن سلطة الإدارة في تعديل بعض شروط العقد ، حقوق المتعاقدين معها :

(أ) فلهذا المتعاقدين الحق في المطالبة بالتعويضات الكاملة على النحو الذي سوف نعرض له عند دراسة فكرة عمل الأمير ، باعتبار أن سلطة التعديل هي إحدى تطبيقاتها .

(ب) وإذا لجأت الإدارة الى التعديل باجراءات غير مشروعة فان للمتعاقد الحق في طلب الغاء تلك القرارات عن طريق قاضي العقد .

(ج) وأخيرا فان التعديل اذا جاوز المألوف فللمتعاقدين أن يطلب فسخ العقد كما ورد صراحة في حكم المحكمة الإدارية العليا السابق .

الفرع الثاني

حق التعديل في عقود الامتياز والأشغال العامة والتوريد

رأينا فيما سبق أن سلطة الإدارة في تعديل بعض شروط العقود الإدارية تغطي جميع العقود ذات الطابع الإداري . ولما كان أساس تلك السلطة يكمن في مقتضيات سير المرافق العامة ، فان سلطة التعديل تترواح قوة وضعفا وفقا لمدى صلة العقد بالمرافق العام .

= أرمقه وتجاوز إمكانياته الفنية أو المالية أو الاقتصادية والا جاز له أن يمتنع عن التنفيذ ، بل إن له أن يطلب فسخ العقد تأسيسا على أن التعويض الذي تلزم به جهة الإدارة في مقابل حقها في التعديل ، لا يكفي لاصلاح الضرر الناشئ من هذا التعديل فله أن يتفادى النتائج الخطيرة التي لا قبل له بها ، وتقدير ذلك مما يخضع لرقابة محكمة القضاء الإداري » .

ولهذا فانه من المفيد أن نتناول بعض التطبيقات لتلك السلطة في أهم العقود الادارية المسماة ، وهى عقود الامتياز والأشغال العامة والتوريد ، التى ورد عليها النص صراحة فى جميع القوانين المنظمة لمجلس الدولة المصرى على التفصيل السابق .

١ - § سلطة التعديل فى عقد الامتياز

١ - يمتاز عقد الالتزام بأن موضوعه ينصب على ادارة مرفق عام ، فهو بهذه الخصيصة يجعل من الفرد المتعاقد بمثابة النائب عن الادارة فى تسيير مرفق عام . ومن هنا لا خلاف بين الفقه والقضاء على ضرورة اخضاع الملتزم لأكبر قد ممكن من رقابة الادارة . وهذا ما أبرزه مفوضو الدولة أمام مجلس الدولة الفرنسى منذ تاريخ متقدم . ومن أشهر مذكراتهم فى هذا الصدد ما كتبه المفوض ليون بلوم بمناسبة حكم مجلس الدولة الصادر فى ١١ مارس سنة ١٩١٠ فى قضية «Compagnie génér. française des tramways»^(١) حيث يقول فى عبارات قاطعة :

«L'Etat ne peut pas se désintéresser du service public une fois concédé. Il est concédé sans doute, mais il n'en demeure pas moins un service public. La concession ... n'équivaut pas à un abandon, à un délaissement».

«L'Etat reste garant de l'exécution du service vis-à-vis de l'universalité des citoyens ... ».

٢ - ونجد هذه المعاني بذاتها فى قضاء مجلس الدولة المصرى . ولقد سبق أن أشرنا الى حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧^(٢) وهو من أحكام المحكمة المطولة فى هذا الصدد ، والتى رسمت فيه العلاقة بشكل واضح بين الادارة والملتزم . فبعد أن استعرضت أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بتنظيم التزام المرافق العامة قالت : « وظاهر من استعراض هذه النصوص أنها فى مجموعها ليست الا ترديدا للمبادئ العامة للقانون الادارى فى شأن

(١) المجموعة ص ٢١٨ .

(٢) وقد نشر ملخصه فى مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ١١ ص ١٦٠ .

التزامات المرافق العامة ، وهى أن الدولة ، وهى المكلفة أصلا بإدارة المرافق العامة ، فإنها إذا عهدت الى غيرها أمر القيام بها ، لم يخرج الملتزم فى ادارته عن أن يكون معاونا لها ، ونائبا عنها فى أمر هو من أخص خصائصها . وهذا النوع من الانابة . . . لا يعتبر تنازلا أو تخليا من الدولة عن المرفق العام ، بل تظل ضامنة ومسئولة قبل أفراد الشعب عن ادارته واستغلاله . وهى فى سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل فى شئون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة هذا التدخل ، فتفرض على الملتزم عبئا جديدا يزيد على ما نص عليه الاتفاق المبرم بينها وبينه أو تعدل من شروط الالتزام وإدارة المرفق واستغلاله . وهى فى ذلك كله لا تستند الى عقد الالتزام ، بل الى سلطاتها العامة ، وتحقيقا لغايات هذه السلطة ، متمتعة فى ذلك بامتياز وسيادة ينتفى معها كل طابع تماقضى ، الأمر الذى يترتب عليه استبعاد تطبيق قواعد القانون الخاص المتعلقة بالالتزامات .

ولذلك فإن عقد الالتزام ينشئ فى أهم شقيه مركزا لائحيا يتضمن تخويل الملتزم حقوقا مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله . وهذا المركز اللائحى الذى ينشئه الالتزام والذى يتصل بالمرفق العام هو الذى يسود العملية بأسرها . أما المركز التعاقدى فيعتبر تابعا له ، وليس من شأنه أن يحول دون صدور نصوص لائحية جديدة تمس الالتزام ، كما أن من حق السلطة مانحة الالتزام أن تقوم بتعديل هذا المركز اللائحى . وأنه ولو أن الشروط تتقرر باتفاق يبرم بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم الا أن هذا الاتفاق ليس عقدا ، ولا يترتب عليه التزامات دائنية ومديونية ، بل هو يقرر قاعدة تنشئ مركزا قانونيا أو لائحيا ، فإن حق الدولة فى تعديل هذا المركز بإرادتها المنفردة من الأمور التى تخرج عن نطاق الجدل . وإذا وقع هذا التعديل ، فإنه لا يمس حرمة عقد من العقود أو يخل بمركز تماقضى ، إذ أنه متى كان الأمر أمر مركز قانوني أو لائحي ، فإن إرادة الدولة المنفردة تكفى وحدها لتعديله . والواقع أن الدولة إذ تقوم بهذا التعديل ، إنما تتدخل - كما سبق البيان -

بصفتها ممثلة للسلطة العامة المنوط بها الهيمنة على رعاية الصالح العام . . . من واجبها ضمان حسن سير المرافق العامة واستغلالها وادارتها . وكفالة ذلك كله محققة بما لها من حقوق لا تملك السلطة العامة مانعة الالتزام التنازل عنها ، كما أنها وهى تستعمل هذه الحقوق لا يمكن أن تحتاج بأنها تمس الحق الأعلى ، أو تخل بشروط عقدية ، لأن الاجراءات التى تتخذها فى هذا الشأن إنما تتناول نظاما قانونيا خاصا بمرفق عام ، فهى تملك تعديل قوائم الأسعار وأركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله حتى لا يختل توازنه المالى ، وخفض أرباح الملتزم الباهظة الى القدر المقبول متى اقتضت المصلحة العامة ذلك ، بل ان لها أن تنهى الالتزام نفسه متى اقتضت المصلحة العامة ذلك أيضا . وقد طبق القضاء المصرى هذه القواعد باعتبارها مستمدة من مبادئ القانون العام حتى قبل العمل بالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ، لذلك يمكن القول بأن هذا القانون لم يأت فى واقع الأمر بجديد فى هذا الشأن . وهذه الحقيقة واضحة فيما قرره ممثل وزارة العدل عند مناقشة مشروع القانون بمجلس الشيوخ حيث قال : « الواقع أن العلاقة بين الملتزم ومانع الالتزام ليست فى حاجة عند تكييفها الى نصوص » فقد حكم مجلس الدولة فى فرنسا باطراد بأن لمانح الالتزام أن يستعمل كافة الحقوق المقررة بالمشروع المعروض دون حاجة الى نص . . ولا يوجد فى فرنسا مثل هذا التشريع الآن ، لأن مجلس الدولة كما قلت أعفاها منه .

والفرض من وضع هذا التشريع عندنا أن مجلس الدولة (المصرى) ما يزال فى بدء حياته ولم يضع تقاليد للآن ، ويجوز عندما تمرض عليه مسائل من هذا النوع أن يختلف الرأى فيها ، فقد كانت عقود التزام المرافق العامة خاضعة لنصوص القانون المدنى والقانون التجارى . فأصبحت هذه العقود بمقتضى أحكام مجلس الدولة الفرنسى وآراء الفقهاء الفرنسيين من شأن القانون الادارى ، وقد أجمع الفقه الادارى على أن عقد الالتزام ليس الا ائابة من مانع الالتزام الى الملتزم لادارة المرفق لصالح الجمهور ، فيجب ألا يخرج

النائب عن هذه المصلحة اطلاقاً ٠٠٠ » على أن حقوق السلطة مانعة الالتزام على الوجه السابق بيانه ، من حيث التدخل فى شئون المرافق العامة وتمديد شروط قواعد اداراتها واستغلالها وتنظيمها وأرباحها وقوائم الأسعار الخاصة بها ، وإن كانت فى غير حاجة الى نصوص تقررها - كما سبق البيان - إلا أنه ليس ثمة ما يمنع تضمينها لوائح أو قوانين عامة تسرى على جميع الملتزمين أو قوانين خاصة تتناول طائفة معينة من المرافق العامة . وفى مثل هذه الصور والحالات لا يسوغ القول أن حقوق السلطة مانعة الالتزام تصبح ٠٠٠ لمجرد تقريرها بنصوص تشريعية ، أقل منها حين يكون أمرها متروكا للمبادئ العامة ٠٠ » .

ويسير القسم الاستشارى للفتوى والتشريع على ذات المسلك . ومن ذلك فتوى قسم الرأى مجتمعاً ، رقم ٩٢ فى ٤/٢/١٩٥٦^(١) ، والتي جاء فيها : « من المسلم فقها وقضاء أن مانع الالتزام يملك بإرادته المنفردة تعديل الشروط اللائحية لعقد الالتزام فى أى وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم . وحق تعديل الشروط اللائحية مستمد من طبيعة موضوع العقد وهو المرفق العام ، إذ القاعدة الأساسية أن السلطة العامة هى صاحبة الكلمة العليا فى تنظيم وإدارة المرافق العامة لتعلق ذلك بالصالح العام . فإذا تغيرت الظروف وأصبح نظام المرفق الذى تقرر وقت التعاقد لا يتفق مع الظروف الجديدة ولا يحقق المنفعة العامة التى أنشئ لتحقيقها ، كان للسلطة العامة مانعة الالتزام أن تغير هذا النظام ، وأن تفرض على الملتزم بمحض سلطتها النظام الذى تراه أدنى الى تحقيق المصلحة العامة » وبعد أن أوضحت الفتوى أن سلطة التعديل تشمل « التعريف والشروط المتعلقة بها » استطردت تقول أنه إذا ترتب على انقاص التعريف خسارة « فعلى مانع الالتزام أن يموضه (الملتزم) عن تلك الخسارة ، إذ من المسلم أن للملتزم حقاً فى التوازن المالى للمشروع ، وأن السلطة مانعة الالتزام ملزمة برد

هذا التوازن اذا احتل نتيجة لتدخلها بتخفيض التعريفه
مثلا ... (١) .

٣- تلك المبادئ التي فصلتها محكمة القضاء الادارى وقسم
الرأى أجملتها المادة ٥ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ حيث
تقول : « لمانح الالتزام دائما ، متى اقتضت ذلك المنفعة العامة ، أن
يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو
قواعد استغلاله ، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع
مراعاة حق الملتزم فى التمويض ان كان له محل » .

كما أن المادة الأولى من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ تنص على
أن « يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية
 والمرافق العامة ، وكذلك أى تعديل فى شروط الامتياز يتعلق
 بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الاتاوة
(المائدات) بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة .
 ويكون تعديل ما عدا ذلك من الشروط بقرار من الوزير المختص » .
 ولما كان القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ قانونا عاما ، فإن
 القاعدة التي وضعها تسرى على جميع أنواع التزامات المرافق العامة
 سواء ما صدر منها قبل القانون المشار اليه ، أو بعده ، لأن هذا
 القانون - كما أكد الناطق بلسان الحكومة أمام البرلمان - لم
 يستحدث الأحكام الواردة به وانما استهدف تقنينها ، معاونة من
 المشرع لمجلس الدولة المصرى الناشئ .

ولم يكتف القانون السابق ، بوضع القاعدة العامة من حيث
 جواز تعديل شروط عقد الالتزام ، بل اهتم بوجه خاص بكيفية
 تحديد أرباح الملتزم باعتبارها أهم ما يعنى المنتفعين بالخدمة التي
 يؤديها المرفق الذى يدار عن طريق الالتزام على النحو الذى
 أوضحته المادة الثالثة من القانون . وقد سبق لنا أن شرحنا هذا
 التنظيم وأسبابه .

(١) راجع أيضا فتوى القسم رقم ٤١٤ بتاريخ ١٩٥٤/١١/٤ ، المجموعة
 السابقة ص ٥٥ وفتواه رقم ٧٧ فى ١٩٥٤/٣/٢ ، المجموعة السابقة ، ص ٥٥ .

٤ - وفي مجال عقد الامتياز - كما هو الشأن بالنسبة الى سائر العقود الادارية - لا تستطيع الادارة أن تتناول بالتعديل جميع شروط العقد ، وانما تنصب سلطة التعديل على الشروط المتصلة بسير المرفق العام ، وهى التى يعبر عنها عادة بالشروط اللائحية (Les clauses réglementaires) (١) .

وعلى هذا الأساس لا تستطيع الادارة أن تمس المزايا المالية المقررة للملتزم بمقتضى العقد - غير الرسوم التى يتقاضاها من المتنفعين (٢) - كما لو ضمننت له الادارة حدا أدنى من الربح أو تمهتت له بسلفة مالية أو بضمانة لدى بنك من البنوك . الخ . كما أن الادارة اذا تمهتت بأن تقصر النشاط على الملتزم (Clause ou privilège d'exclusivité) ، فإن هذا الشرط ملزم ، ويتمعين على الادارة احترامه (٣) .

(١) يرى الفقيه دى لوبادير أن التلازم غير مطلق بين فكرة الشرط اللائحي ، والشرط الذى يتصل بالمرفق العام « لأن فكرة الشروط اللائحية لا توجد الا فى عقود الالتزام ، فى حين أن سلطة التعديل تتناول جميع العقود الادارية » ومن ثم فإنه يستعيز عن فكرة الشروط اللائحية فى هذا المقام بفكرة الشروط المتصلة بتسيير المرفق العام . مطوله فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٣٥٩ حيث يقول :

«Pratiquement, les clauses modifiables de la concession correspondent en gros aux clauses réglementaires et les clauses immuables aux clauses contractuelles. On considère assez couramment que cette corrélation a une valeur absolue ... Cette conclusion ne nous paraît précisément pas acceptable. La théorie du pouvoir de modification est, à notre avis, la même dans la concession que dans tous les contrats administratifs; sont modifiables les seules clauses qui intéressent le service et son fonctionnement; il se trouve que ces clauses sont en fait les clauses réglementaires; mais cette nature réglementaire fournit seulement au pouvoir de modification un fondement en quelque sorte supplémentaire ... ».

وهذا الانتقاد لا محل له فى مجال عقد الامتياز ، ولكنه يصدق بالنسبة الى العقود الادارية الأخرى ، مادام المعيار المسلم به فى مجال عقود الامتياز ، أن الشروط اللائحية ، هى الشرط التى تتعلق بكيفية أداء الخدمة للمتنفعين ، أى تتصل بكيفية سير المرفق العام .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١١ يناير سنة ١٨٩٥ فى قضية « Ville de Saint-Etienne » مجموعة ص ٣١ .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩١ فى قضية « Ville de Saint-Etienne » مجموعة سبرى ، سنة ١٨٩٤ ، القسم الثالث ص ١ مع تعليق هوريو .

وقد أيدت محكمة القضاء الإداري المصرية هذا القضاء ضمنا في حكمها الصادر في ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ١٤٤ لسنة ١١ قضائية)^(١) ، في قضية تتلخص ظروفها في أن مصلحة الآثار قد اتفقت مع متعهد على إقامة كازينو فاخر في المنطقة المجاورة لتمثال أبي الهول ، وتمهدت بأن يشمل نشاط هذا الكازينو المنطقة كلها بحيث لا يسمح لغيره بمزاولة نشاط مماثل في المنطقة . وتنفيذا لهذا الشرط أنهت عقود بعض الأفراد في المنطقة ، فقضت المحكمة بسلامة موقف الإدارة التي « ... لم تستعمل سوى حقها ... وهي في هذا الاجراء انما تتوخى مصلحة عامة ، وذلك أنها رأت إقامة مقصف فاخر ، يشمل نشاطه المنطقة كلها بما فيها قطعة الأرض المرخص للمدعى بإقامة كشك فيها ، وذلك للاعتبارات الواردة في مذكرة وزارة الارشاد القومي « ... » .

وتعتبر مدة الالتزام أيضا من الشروط التي لا تستطيع الإدارة أن تستقل بتعديلها . ولكن يجب توضيح هذه الفكرة . فالالتزام كما رأينا يجوز أن تكون مدته في حدود ٣٠ سنة وفقا للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ . فإذا ما تعاقبت الإدارة مع الملتزم على أساس استغلال المرفق لمدة معينة ، فانه ليس للإدارة أن تستقل بتعديل تلك المدة . بمعنى أنها - إذا ما رغبت في أن يدار المرفق بطريق الامتياز - فليس لها أن تسحب المرفق من الملتزم الأصلي لتمنحه الى ملتزم جديد قبل نهاية المدة المتفق عليها في العقد ، وذلك بطبيعة الحال ، مادام الملتزم الأصلي يوفى بالتزامه على أتم وجه .

ولكن شرط المدة لا يمكن أن يحول بين الإدارة وبين استرداد المرفق قبل نهاية المدة ، إذا ما رأت أن تغير طريقة الإدارة ، من الالتزام الى الإدارة المباشرة مثلا ، أو المؤسسات العامة (الهيئات العامة) « ... الخ كما سنرى عند دراسة نهاية العقود الادارية .

(١) السيد ابراهيم محمد ابراهيم فايد ضد وزارة التربية والتعليم .

أما إذا اتصل الشرط بكيفية تسيير المرفق العام ، فإن الإدارة تتمتع بسلطة التعديل . وبناء على ذلك ، فلو كان الالتزام ينصب على النقل بواسطة الترام أو الأتوبيس مثلا ، فإن السلطة العامة لها أن تتدخل لتجبر الملتزم على مد خطوط جديدة إذا ما زاد العمران ، كما أن لها أن تأمر بزيادة عدد القاطرات أو السيارات المستعملة ، أو تعديل أوقات سيرها ، أو تحسين نوع العربات . . . الخ . وللإدارة أيضا - بصريح نص المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ - أن تعدل قوائم الأسعار بالزيادة أو بالنقص . وقد سلمت محكمة القضاء الإداري في أحكامها بشرعية الأمر الصادر من الإدارة إلى ملتزمي النقل بالأتوبيس بزيادة عدد السيارات في حدود نسبة معينة ، بقولها إن الإدارة في طلب الزيادة إنما استعملت حقا مستمدا من طبيعة المرفق العام « . . . وعملا بالقواعد الأصولية في العقود الإدارية وأهدافها ، وقيامها على فكرة استمرار المرفق العام ، تفترض مقدما حدوث أى تعديل يتعلق بسير المرفق وحاجته . . فإذا صح ما تذهب إليه الشركة من أن هذه الزيادة سيترتب عليها زيادة الأعباء المالية الملقاة على عاتقها ، فإن حقها مكفول بالرجوع على المجلس البلدى بالتعويض عن الأضرار التي تلحق مركزها التعاقدى على أساس إعادة التوازن المالى للمقد . . . » (حكمها الصادر فى ٢٤ مارس سنة ١٩٥٧)^(١) .

(١) القضية رقم ٣٥٧ لسنة ١١ قضائية ، السيد فوزى مقار ، ضد كل من وزير الشئون البلدية والقروية ، ورئيس المجلس البلدى لمدينة القاهرة . وبنفس المعنى ، وفى قضية أخرى بين ذات الشركة والإدارة أكدت المحكمة المبادئ الواردة فى الحكم الأول ، وذلك فى حكمها الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٧ ، حيث تقول المحكمة بعد أن أكدت المعنى الأول : « . . . والواقع أن اتصال العقد الإدارى بالمرفق العام ، وضرورة الحرص على انتظام سير هذا المرفق ، وجوب استدامة تعهد الإدارة وإثرائها عليه بما يحقق مقتضيات الصالح العام ، يجعل العقد الإدارى الذى يتصل بالمرفق العام ، ينفرد بخصائص معينة منها أن التزامات المتعاقدين مع الإدارة لا تقتصر على ما هو وارد صراحة فى قائمة الاشتراطات فقط ، وإنما يمثل أيضا القيام بكافة الأعمال التى يتبين ضرورتها لضمان حسن سير المرفق العام ولو لم يكن منصوصا عليها فى العقد . ومن حيث إن ذلك الذى استقر عليه القضاء فى كافة العقود الإدارية قد أخذ به المشرع فى عقود المرافق العامة التى تمنحها السلطات الإدارية بموجب الالتزام . . . » وذكر الحكم نص المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ .

٥ - وفي مجال عقود الامتياز أيضا - كما هو الشأن بالنسبة الى سائر العقود الادارية - يجب أن تقف سلطة الادارة في التعديل عند الحدود المعقولة والتي أشرنا اليها فيما سلف . فالادارة لا تستطيع أن تستهدف بالتعديلات الا صالح المرفق الذي يدار عن طريق الامتياز ، ولكنها اذا استهدفت مضايقة الملتزم حتى ينزل عن الالتزام لكي تتولى السلطة العامة ادارته بنفسها أو لتحل محل الملتزم الأول ملتزما جديدا بشروط أكثر نفعا للادارة ، فان تصرفها يندو مشوبا بمييب الانحراف^(١) .

وإذا كان في وسع الادارة أن تفرض على الملتزم أعباء جديدة ، فيجب أن يكون في وسع الملتزم تحملها .

فاذا كان الظاهر يؤكد بوضوح أن الأعباء الجديدة من الضخامة بحيث تعتبر كأنها التزام جديد ، فان للملتزم أن يتحرر منها عن طريق القضاء^(٢) .

ولقد أثير أمام مجلس الدولة الفرنسي ، البحث عن مدى حق الادارة في فرض التحسينات الجديدة على الملتزم ، بإجبارة على متابعة التقدم العلمي في كيفية أداء الخدمة (La modernisation du service) وكان ذلك على وجه الخصوص في مجال احلال الاضاءة بالكهرباء ، محل الاضاءة بالغاز ، أو الاسعاضة بالأتوبيس عن الترام . وذلك أنه وفقا للقواعد العامة في التعديل لا يمكن اجبار ملتزم الاضاءة بالغاز على استعمال الكهرباء ، كما أنه لا يمكن من ناحية أخرى تعطيل الصالح العام ، لمحتراما لتواعد العقد . ولهذا فقد استطاع مجلس الدولة الفرنسي أن يخرج من هذا المأزق عن طريق حل وسط

(١) حكم المجلس الصادر في ١٨ يوليو سنة ١٩٢٠ في قضية «Cie P.L.M.» (سبق) .

(٢) حكم المجلس في ٣ أبريل سنة ١٩٢٥ في قضية «Ville de Mascara» (سبق) .

بمقتضاه لا تستطيع الادارة أن تفرض بارادتها المنفردة على شركات الغاز استعمال الكهرباء في الاضاءة ، ولكنه حرر الادارة من الالتزام الواقع على عاتقها بمقتضى العقد ، والذي يقضى بأن تضمن الادارة لشركات الاضاءة عدم المنافسة (privilège d'exclusivité de l'éclairage) بمعنى أن للشركات القديمة أن تزاوّل نشاطها • ولكن للادارة بعد انذار تلك الشركات باستعمال وسيلة الاضاءة الجديدة وهى الكهرباء - أن تتعاقد مع ملتزمين جدد ، يكون فى وسعهم مجازاة التقدم العلمى الجديد^(١) •

٦ - ونشير أخيرا الى حقوق الادارة فى رقابة الملتزم ، وفى الاشراف على تنفيذه لمعد الالتزام • وسلطتها فيما يتعلق بتعديل شروط العقد ، ليست حقوقا مجردة ، ولكنها فى الواقع حقوق تحمل طابع الواجب ، بمعنى أنه يتعين على الادارة فى بعض الأحيان أن تتدخل ، وأن تستعمل تلك السلطات ، وذلك اذا أخل الملتزم بالشروط المنصوص عليها فى عقد الالتزام • فحينئذ يكون للمتفعمين الحق فى مطالبة الادارة بالتدخل لاجبار الملتزم على احترام شروط العقد • وللمتفعمين اجبار الادارة على التدخل اذا تخاذلت أو تخافضت عن استعمال سلطاتها • وهذا ما وضع مجلس الدولة الفرنسى أساسه فى حكمه المشهور فى قضية (Synd. Croix-de-Seguey) الصادر فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٦^(٢) فللافراد ، عن طريق دعوى الالفاء ، الحصول على حكم بالالفاء امتناع الادارة عن التدخل • وهو ما صدر به الحكم السابق • ولهم أيضا الحصول على حكم بالتعويض اذا ما ترتب على امتناع الادارة ضرر للأفراد^(٣) •

(١) بدأ هذا القضاء بحكم المجلس الصادر فى ١٠ يناير سنة ١٩٠٢ فى قضية «Derville-Les-Ronens» مجموعة سيرى سنة ١٩٠٢ ، القسم الثالث ، ص ١٧ مع تعليق هوريو •
(٢) منشور فى مجموعة سيرى سنة ١٩٠٧ ، القسم الثالث ، ص ٢٣ مع تقرير المفوض (Rémien) • وتعليق هوريو •

(٣) حكم المجلس فى ٢ يونية سنة ١٩٢٣ فى قضية (Protectorat de l'Annam) دالوز سنة ١٩٢٤ القسم الثالث ص ٦٩ مع تعليق أبلتون ، وحكمه فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ فى قضية (Cairo) المجموعة ص ٨٩٩ •

ولكن لكي يعمل القضاء رقابته السابقة ، يجب أن يثبت للمجلس أن عدم تدخل الإدارة مرجعه الى الإهمال أو التغافل (une négligence, ou inertie) أما إذا كانت الإدارة تترخص في حدود الصالح العام ، فإنه لا ضير عليها في هذه الحالة^(١) .

ولا شك في أن المبادئ السابقة تطبق في مصر ، وإن كنا لم نجد قضاء بهذا الخصوص حتى الآن .

٢ - § سلطة التعديل في عقود الأشغال العامة

وهذا هو العقد الثاني - بعد عقود الامتياز - الذي تتمتع فيه الإدارة بسلطات واسعة ، فيما يتعلق بكل من الرقابة والتعديل . وفي هذا المقعد - كما هو الحال في عقد الامتياز - تتولى دفاتر الشروط ، ونصوص العقد ، تفصيل سلطة الإدارة في كل من المجالين ، ولكن المسلم به أن تلك الشروط والنصوص كاشفة ومنظمة لا منشئة . وهنا أيضا يبرر محل المقعد سلطات الإدارة الخطيرة ، لصلة الأعمال محل المقعد بالمرفق العام . ولقد سبق أن عرفنا هذا المقعد ، وعلمنا أنه يقوم على أساس أعداد مادی لعقار بقصد تحقيق مصلحة عامة . فالمتعاقد بهذه المثابة يتدخل مباشرة في شئون المرفق ، وبالتالي يجب أن يخضع لرقابة شديدة من جانب الإدارة . وهذا ما أبرزته محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (وقد سبقَت الإشارة اليه أكثر من مرة) حيث تقول : « وسلطة التعديل ، وإن كانت تشمل جميع العقود الإدارية ، بما فيها عقود الأشغال ، فإنها تبدو في أبرز مظاهرها فيما يتعلق بالمقعد المذكور :

(١) حكم المجلس الصادر في ٣ فبراير سنة ١٩٠٥ في قضية (Storeh) مجلة القانون العام ، سنة ١٩٠٥ ص ٣٤٦ مع تعليق الفقيه جيز ، ويتعلق بتفاسي الإدارة عن استئصال الشركة لوسيلة معينة غير تلك المنصوص عليها في المقعد بقصد اتمام بعض الأشغال العامة .

اعتبارا بأن جهة الادارة هي صاحبة الاختصاص الأول والأصيل فيما يتعلق بهذه الأشغال . . . »

ويتم تدخل الادارة في هذا المجال بمقتضى أوامر مصلحية «ordres de service» ولقد كانت هذه الأوامر المصلحية مجالا خصبا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى مما يستدعى دراستها بشيء من العناية ، على أن نمرض بعد ذلك لصور تدخل الادارة بالرقابة والتعديل في مجال عقود الأشغال العامة .

أولا - النظام القانونى للأوامر المصلحية

١ - والأمر المصلحي ، هو قرار ادارى . ويترتب على ذلك تصدرها الادارة الى مقال الأشغال العامة بقصد تحديد أوضاع تنفيذ المقد ، أو تكملة الناقص منها ، أو التعديل فيها . وتصدر تلك الأوامر عادة من بعض الأعضاء الفنيين فى الادارة ، لا سيما المهندسين المنوط بهم الاشراف على تنفيذ الأشغال العامة .

٢ - والأوامر المصلحي ، هو قرار ادارى . ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

(أ) أن هذا الأمر ملزم للمقاو الذى يصدر اليه . وهذا الأمر تنفيذى يتمين على المقاو احترامه ، وتنفيذ ما جاء به . فاذا كان له عليه اعتراض ، فيجب أن يسلك السبيل المشروع لتحقيقه ، اما بالتظلم الادارى أو بسلوك السبيل القضائى . فاذا لم يفعل ، عرض نفسه للمسئولية وتوقيع الغرامات التى سنعرض لها فيما بعد^(١) .

(ب) التزام المقاو بالتنفيذ ، يقابله حقه فى المطالبة بالتعويضات كما سنرى .

(١) حكم المجلس الصادر فى ٥ أغسطس سنة ١٩٢٧ فى قضية (Min. de la Guerre المجموعة ص ٩٦٦ ، وفى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٣٥ فى قضية (Pasquelin) المجموعة ص ٩٥٢ .

(ج) هذا الأمر المصلحي ، لا يجب مسئولية المقاول عن التنفيذ •

٣ - والقاعدة العامة في الأمر المصلحي ، أن يصدر في صورة كتابية (La forme écrite) ^(١) ويترتب على ذلك أن المقاول لا يلتزم بتنفيذ الأوامر الشفهية التي تصدر اليه • ومن ناحية أخرى فانه لا يستطيع أن يستند في طلب التمويض الا الى الأوامر الكتابية •

ولكن المسلم به - من ناحية أخرى - أن العقود الادارية تستطيع النص على التحرر من هذه الشكلية باجازة الأمر الشفهي صراحة ^(٢) •

كما أن مجلس الدولة الفرنسي قد احترام الأمر الشفهي اذا اعترفت به الادارة ^(٣) ، أو اذا كان العرف الادارى يجرى على تقليد الأوامر الشفهية ^(٤) ، أو اذا ثبت أن تنفيذ الأمر الشفهي قد أصبح ضروريا بخطأ الادارة ^(٥) •

ولكن اذا كان من الواجب أن يصدر الأمر المصلحي في صورة كتابية ، فانه ليس ثمة صورة كتابية بعينها يلزم اتباعها ، فيكفى مجرد خطاب أو مذكرة، بشرط أن تكشف عن نية الادارة القاطعة ^(٦) • والقاعدة المطبقة في فرنسا هي بعينها الواجبة الاحترام في مصر ، فدفاتر الشروط الرئيسية ، تنص صراحة على الشكل الكتابي

(١) مطول دى لويادير في العقود الجزء الثاني ، ص ٣٦٩ •

(٢) حكم المجلس الصادر في ١٦ أكتوبر سنة ١٩٣٥ في قضية (Commune de Firmy) المجموعة ص ٩٤٠ ، وفي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٦ في قضية (Crolle) المجموعة ص ٩٨٧ •

(٣) حكمه الصادر في ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٧٢ في قضية (Vidal) المجموعة ص ٧٤٥ •

(٤) حكمه الصادر في ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٩ في قضية (Marquis) المجموعة ص ٤٦٩ •

(٥) حكم المجلس الصادر في أول يوليو سنة ١٩٣٦ في قضية (Sté. des Etablissements-Quillery) المجموعة ص ٧١٨ وفي ٨ نوفمبر سنة ١٩٤٠ في قضية (Commune de Maussane) المجموعة ص ٢٠٥ •

(٦) حكم المجلس الصادر في ٢٩ يوليو سنة ١٩٤٣ ، في قضية (Villemaine) المجموعة ص ٢١٩ •

للأوامر المصلحية^(١) - كما ورد النص عليه صراحة في لائحة المناقصات والمزايدات الملغاة في المادة ٨٢ وفي المادة ٨٨ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة والتي تقرر : « اذا أخل المقاتل بأى شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحدى التزاماته المقررة ، ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إخطاره بكتاب موصى عليه يعلم الوصول بالقيام بإجراء هذا الإصلاح . . » وفي مصر أيضا لا يتطلب في الأمر الكتابي شكل خاص^(٢) .

٤ - وإذا أصدرت الإدارة أمرا مصلحيا الى المقاتل فان له أن يقبل هذا الأمر صراحة ، ويكون ذلك اما بتوقيعه على الأمر بالعلم وبدون تحفظ . وقد يستشف هذا القبول من تنفيذ الأمر . ولكن للمقاتل أن يرفض الموافقة على الأمر . وحينئذ يتعين عليه أن يتظلم بالطريق المشروع ، وذلك خلال المدد التي يحددها العقد أو دفتر الشروط وهي عادة مدد قصيرة ، يترتب على مرورها سقوط حق المقاتل في التظلم (délais brefs de forclusion) ويتشدد مجلس الدو الفرنسى في احترام هذه المدد فيعتبرها أمرة (de caractère absolument impératif) ويتحمل المتماقد نتائج تفويتها^(٣) .

ولكن للإدارة بطبيعة الحال أن تنزل عن التمسك بمضى المدد ، بشرط أن تكشف عن موقفها صراحة : (renonciation explicite)^(٤) .

(١) راجع رسالة الدكتور فؤاد المطار باللغة الفرنسية وموضوعها :
(Le marché de Travaux publics) ، طبعة سنة ١٩٥٥ ، ص ١٧٩ وما بعدها
حيث درس الموضوع ، وانتهى الى الرأى السابق .

(٢) رسالة الدكتور فؤاد المطار ، المرجع السابق ، ص ١٨١ .

(٣) حكم المجلس فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٢ فى قضية (Départ. de l'Aisne) المجموعة ص ١١٤٠ ، وفى ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٢ فى قضية (Ducos) المجموعة ص ٩٠٢ .

(٤) حكمه فى أول فبراير سنة ١٨٩٥ ، فى قضية (Peyroche) المجموعة ص ١٠٩ .

على أن مجلس الدولة الفرنسى يُلطف من حدة قضائه السابق ،
عن طريق التزام القواعد الآتية بخصوص تلك المدة :

(أ) لا تسرى مدد السقوط السابقة الا اذا نص عليها صراحة
فى العقد أو فى دفاتر الشروط • أما اذا خلا العقد من تحديد مدة
معينة للسقوط ، فلا يمكن أن يسقط حق الما قول فى الاعتراض^(١) •

(ب) اذا تضمن العقد - أو دفاتر الشروط - مددا معينة
للسقوط ، فان تلك المدد لا تطبق الا بالنسبة الى الأوامر المصلحية
بمعناها الفنية الذى حددناه ، ولا تمتد الى طلبات المتعاقدين الأخرى
التي قد يستمدّها من العقد • ويجب - من ناحية أخرى - أن يكون
الأمر الصادر من الادارة المتعاقدة أمرا مصلحيا بمعنى الكلمة ،
بحيث لا يجوز للادارة أن تستتر وراء نظام الأوامر المصلحية -
الخاصة بالرقابة فى تنفيذ العقد أو بتعديل بعض شروطه - لاتخاذ
موقف تمسفى مع الما قول بحرمانه من بعض طلباته المشروعة
الأخرى ، كرفضها دفع باقى الثمن ، واستنادها الى أن الما قول لم
يعترض على قرارها فى هذا الصدد خلال المدد المحددة للاعتراض
على الأوامر المصلحية^(٢) •

(ج) يستثنى قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى بعض الحالات ،
بعض الأعمال الاضافية التي يطلب من الما قول القيام بها من مدد
السقوط السابقة ، اذا كانت مستقلة عن العقد^(٣) •

(١) حكم المجلس الصادر فى ٨ مارس سنة ١٩٤٦ فى قضية (Ville d'Asnières)
المجموعة ص ٧٦ •

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٣ فى قضية (Min. Guerre)
المجموعة ص ٣٦٠ •

(٣) حكمه الصادر فى ١٢ يوليو سنة ١٩٥٠ فى قضية (Vitoret) المجموعة ص
٤٣٣ ، حيث يقول :

«Cons. que les travaux d'étanchéité affectués dans certaines parties du Palais
de Chaillot en vertu d'un ordre de service ... ne peuvent être regardé comme se
rattachant à l'exécution du marché ... que, portant sur un ouvrage distinct de celui
qui a fait l'objet du marché, ils ne présentant pas par rapport à celui-ci le caractère
de travaux supplémentaires, seuls visés par l'article 10, et constituant des travaux
aux marchés».

ومن ثم فقد قبل المجلس الطلبات المقدمة بخصوصها رغم مرور مدد السقوط •

٥ - وإذا نص عقد الأشغال العامة على حق الإدارة فى زيادة كميات الأعمال بنسب معينة « دون أن يكون للمتعهد أو المقاول الحق فى المطالبة بأى تعويض عن ذلك » ، فليس معنى هذا حرمانه من الحصول على قيمة ما يقوم به من تلك الأعمال ، والا كان معنى ذلك إثراء جهة الإدارة المتعاقدة على حساب المقاول دون سبب ، وكل ما يؤدى إليه هذا النص هو إلزام المقاول بأداء تلك الأعمال بنفس الأسعار التى تم الاتفاق عليها أصلا فى العقد وعدم حقه عن المطالبة بأى تعويض إضافى عن هذه الزيادة ، وكل ذلك مشروط بأن توفى الإدارة من جانبها بالالتزامات التى يفرضها العقد عليها . فإذا ما أخلت بالتزاماتها فى هذا الشأن ، كان لمقاول على حق فى طلب المحاسبة عن تلك الأعمال على أساس ما تحمله فعلا ، فضلا عن المطالبة بتعويض الأضرار التى تكبدها بسبب خطأ الإدارة . وفى الموضوع كان العقد ينص على أن تورد الإدارة للمتعاقدين كميات الحديد اللازمة للأشغال العامة بالسعر المتفق عليه . ولكن عند فرض الكميات الزائدة من الأشغال ، لم تورد الإدارة للمقاول كميات الحديد اللازمة مما اضطره لشراؤها بسعر السوق ، ف قضى له الحكم بالتعويض على أساس فرق السعر ، مع الأرباح القانونية . (حكم المحكمة الإدارية العليا. فى ١٩٧٨/٣/٢٥ ، مجموعة المبادئ ، ص ١٩٣٤)

ثانيا - صور الرقابة والتعديل ومداها

١ - يخضع مقاول الأشغال العامة لرقابة الإدارة وتوجيهاتها منذ أول لحظة لتنفيذ العقد ، حتى نهايته : فالإدارة هى التى تأمر بالبدء فى تنفيذ الأعمال . وتبدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود الأعمال من التاريخ الذى يسلم فيه الموقع للمقاول . ويتولى رجال الإدارة الفنيون تحديد خطوات سير العمل ، ومواعيد التسليم وفقا للمتفق عليه وما تستحدثه الإدارة من تعديلات أثناء التنفيذ ، وللإدارة أن تأمر بهدم ما تم من أعمال على خلاف المقرر ، واعدته من جديد على حساب المقاول . ولها بطبيعة الحال - ووفقا لمقتضيات الصالح العام - أن تأمر بوقف العمل مؤقتا . ولكن

إذا تجاوز الوقف الحدود المعقولة ، فإن للمقاول الحق في طلب
فسخ العقد مع الحصول على التعويضات اللازمة .

وفي جميع الأحوال يلتزم المقاول بانتهاء الأعمال موضوع التعاقد
بحيث تكون صالحة تماما للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة (المادة
٨١ من اللائحة الجديدة) .

٢ - وتمتد رقابة الادارة الى العمال والمهندسين الذي
يستعملهم المقاول ، فكثيرا ما يتضمن العقد أو دفاتر الشروط
نصوصا بهذا الخصوص . وقد أشارت محكمة القضاء الادارى المصرية
في أحكامها الى تلك الرقابة ، فهي في حكمها الصادر في ٨ نوفمبر
سنة ١٩٥٥ تقرر أن من حق الادارة أن تضع الشروط التي تراها
ملائمة لظروف العمل محل التعاقد في حدود القانون والمصلحة
العامة ، ومنها أن تشترط على المتعاقد أن يكون المهندس المعين من
قبلة حاصلا على بكالوريوس الهندسة » . . . فإذا لم يتم المقاول
بتعيين مهندس تتوافر فيه هذه الشروط ، كان للمصلحة الا توافق
على تعيينه ، وكان على المقاول أن يستبدل به غيره ممن تتوافر فيه
هذه الشروط . وليس للمهندس المستبدل حق الاعتراض ، ما دام
أن المصلحة قد اسهدفت من ذلك صالح العمل . . .^(١) كما أكدت
في حكمها الصادر في ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٧ شرعية اشتراط الادارة
على المقاول تعيين مهندس مقيد بنقابة المهندسين يتفرع للعملية
المتعاقد عليها ، ويقيم بمقر التفتيش أو بنقط العمل المختلفة التي
يمينها التفتيش ، وذلك لضمان حسن سير العمل ، وكمال تنفيذه
بحالة فنية ، ولتمكين التفتيش من التفاهم على الأعمال الفنية
وتنفيذها مع ذى خبرة مؤهل يسهل التفاهم معه ، ويكون مسئولا

(١) حكمها الصادر في ٨ نوفمبر سنة ١٩٥٥ في القضية رقم ٣٤٥٣ السنة ٧
قضائية ، مجموعة أحكام المحكمة ، السنة العاشرة ، ص ٢١ . وقد جاء في الحكم
أيضا أنه لا يقبل من المهندس طلب القضاء الشرط السابق من جميع العقود
الحكومية ، لأن هذا الطلب يقتضى أن تكلف المحكمة جهة الادارة بالقيام بأمر معين
« وهو مالا تملكه هذه المحكمة على ما استقر عليه قضاؤها » .

ومفوضا من المفاوض للقيام بالنيابة عنه فى اجراء وتنفيذ تفصيلات العمل طبقا لأحكام العقد ولامضاء كافة المستندات ..» (١) .

وتؤكد المحكمة الادارية العليا ذات المعنى فى حكمها الصادر فى ٨ نوفمبر سنة ١٩٦٩ (س ١٥ ، ص ٣) حيث تعلن أن شرط تعيين مهندس تتوافر فيه شروط صلاحية معينة ، مقصود به تحقيق مصلحة المرفق العام ، فلا يجوز تعيين مساعد مهندس أو مندوب فنى « اذ فضلا عن مخالفة ذلك لنصوص العقد ، فإنه ينطوى على اخلال بمصلحة المرفق التى نيط ضمانها بوجود مهندس بصلاحية معينة » .

وأخيرا ، فإن المفاوض ملزم وفقا للمادة ٧٧ من اللائحة الجديدة — التى تقابل المادة ٨٨ من اللائحة الملقاة — بإبصاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام الشروط المتفق عليها .

٣ — وعلى المفاوض أن يحترم لوائح البوليس ، وأن يحافظ على النظام ، وعلى سلامة المواطنين والعمال ، وقد أشار المشرع الى هذا الالتزام فى الفقرة الثانية من المادة ٧٧ السابقة والتى تنص على أن « يلتزم المفاوض أيضا باتخاذ كل ما يكفل منع الاصابات أو حوادث الوفاة للعمال أو أى شخص آخر أو الاضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد . وتعتبر مسؤوليته فى هذه الحالات مباشرة دون تدخل لجهة الادارة . وفى حالة اخلاله بتلك الالتزامات يكون لجهة الادارة الحق فى تنفيذها على نفقته » .

وللادارة أن تتدخل فى كل وقت لتحقيق الأغراض المنصوص عليها فى هذه المادة ، لا بصفتها متعاقدة فحسب ، بل بصفتها «لمطة بوليس أيضا » . ولكنها اذا تدخلت بصفتها «لمطة بوليس ، فإن تدخلها يخضع لنظام قانونى آخر ، وفقا للقواعد العامة » .

(١) القضية رقم ٤٧٢ لسنة ١٠ قضائية ، وزارة الأشغال ضد السيدين عوض عبد السلام محمد عوض وأحمد محمد الحفنى .

٤ - ولكن من المسلم به أن للإدارة ألا تقتصر على حق رقابة المقاول وتوجيهه في تنفيذ عقد الأشغال العامة ، بل لها أن تتدخل لتعدل من شروط العقد ، سواء أكان منصوباً على هذا الحق صراحة في العقد أم لا^(١) ، وإن كان الغالب أن تتضمن عقود الأشغال العامة شروطاً تسلم بحق الإدارة في تعديل شروط العقد بالزيادة أو بالنقص ، وتحدد مدى هذا التعديل . ولقد رأينا فيما سبق أن لائحة المناقصات والمزايدات الملغاة قد جعلت من هذا الحق شرطاً عاماً في جميع عقود الأشغال العامة ، وحددت نسبة التعديل في المادة ٨٧ منها . ويخضع حق التعديل في هذا المجال للقيود العامة المسلم بها ، فهو لا يتناول إلا الشروط التي تتعلق بالمرفق ، وبالتالي لا يمكن أن يمتد إلى باقي الشروط . ومن ثم فإن المسلم به أن التعديل في عقد الأشغال العامة لا يمكن أن يتناول الثمن بحال من الأحوال .

وتظهر سلطة التعديل كلما زاد اتصال الشرط بالمرفق العام ، والعكس . ولهذا قررت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (وقد سبقت الإشارة إليه) د ٠٠٠ أن القاعدة في عقود الأشغال العامة أن المقاول يكون حراً في اختيار مصادر وموارد المواد المستعملة في العملية مادام العقد لم ينص على شيء من ذلك . أما إذا فرض العقد على المقاول محاجر معينة يأخذ منها هذه المواد ، فإنه يجب عليه أخذ المواد من المحاجر المبينة في العقد ، وليس له أن يشكو من نتائج هذا الاختيار ، مادام لم يقع خطأ من جهة الإدارة . ومع ذلك فإن له أن يطلب موافقة جهة الإدارة عن استبدال هذه المحاجر بغيرها ، إلا أن الإدارة تتمتع في هذا الصدد بسلطة تقديرية تخرج عن رقابة القضاء . فإذا حصل المقاول على موافقة جهة الإدارة فليس له أن يطلب تمويضا يزعم أن المواد

(١) ومما له دلالة في هذا الصدد ، أن جيز - الذي تنكر لحق الإدارة في التعديل سنة ١٩٤٥ ، إذا لم يرد به نص صريح في القوانين واللوائح أو شروط العقد - عاد فسلم بهذا الحق في عقدين من العقود الإدارية ، وهما عقدا الامتياز والأشغال العامة ، لصلتهم الوثيقة بالمرفق العام . مجلة القانون العام سنة ١٩٤٥ ص ٢٥٧ .

أفضل ، أو أن يطلب مقابل التكاليف الزائدة في النقل • أما اذا غير
المساؤل المجاور بمحض رغبته ، فانه يتحمل مخاطر هذا التغير
وخصوصاً في حالة رفض المواد •

ومن ناحية ثانية ، يتعين على الادارة حين تأمر بالزيادة أو النقص
أن تحترم طبيعة المقد الأصلي ، بحيث لا يحول التعديل المقد الأصلي
الى عقد آخر •

٥ - ولكن مجلس الدولة الفرنسي قد وضع في هذا المجال بعض
الضوابط التي يهتدى به في تحديد حق الادارة في تعديل شروط
عقود الأشغال العامة ، لاسيما ما يتعلق بالفكرتين التاليتين :

أولاً : فكرة قلب اقتصاديات العقد ، وتغير جوهره :

«Les notions de bouleversement du contrat et d'attente à la substance ou
essence du contrat».

مهما كانت سلطة الادارة في تغير شروط عقد الأشغال العامة ،
فانه يجب ألا يفرب عن بال الادارة أنها بصدد التعاقد مع مقاول ،
قدر ظروفه جيداً قبل أن يقبل مختاراً على التعاقد ، ومن ثم فان
الادارة ملزمة حين تلجأ الى حقها في التعديل ، ألا تذهب الى الحد الذي
يؤدى الى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب «Changement ou
bouleversement de l'économie générale du projet» - وهو التوجيه الذي
يستعمله مجلس الدولة الفرنسي كثيراً^(١) - أو أن تغير من طبيعة
المقد أو جوهره «substance ou essence» كما روعى عند التعاقد
لأول مرة^(٢) .

وتستعمل محكمة القضاء الإداري المصرية اصطلاحات مشابهة •

(١) حكمه الصادر في ٥ يونية سنة ١٩١٨ في قضية (Daux) المجموعة ص ٥٣٦ ، وفي ٢٣ يونية ١٩٢٠ في قضية (Brianon) المجموعة ص ٦٢٦ •
(٢) حكمه الصادر في أول يوليو سنة ١٩١٤ في قضية (Monin) المجموعة ص ٨٠١ وفي ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٥ في قضية (Dolfini) المجموعة ص ٢١٩ وفي ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ في قضية (Belliard) المجموعة ص ٩٦٧ •

ومن ذلك قولها على سبيل المثال فى حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ ، بخصوص الأعباء الجديدة التى تفرضها الإدارة على المتعاقد عن طريق التعديل : « ... يجب أن تكون تلك الأعباء فى الحدود الطبيعية المقولة من حيث نوعها وأهميتها لا أن يكون من شأنها فسخ العقد الأصلى أو تبديل موضوعه أو إنشاء محل جديد له غير ما تم الاتفاق عليه ، أو أن تؤدى الأعباء الى ارهاق المتعاقد فتجاوز امكانياته الفنية أو الاقتصادية ... » (سبقت الإشارة الى هذا الحكم) .

ثانيا : فكرة الأعمال الجديدة : «La notion d'ouvrage nouveau»

وهذه الفكرة يستهدى بها مجلس الدولة الفرنسى أيضا فى تحديد «لمطة الإدارة فيما يتعلق بتعديل شروط عقد الأشغال العامة» والأعمال الجديدة التى لا يسمح مجلس الدولة الفرنسى بفرضها على متعاقد الأشغال العامة ، هى تلك التى يعتبر موضوعها غريبا عن العقد الأصلى ، بحيث لا تربطها به صلة اطلاقا ، أو التى يحتاج تنفيذها الى أوضاع جديدة تختلف كلية عن تلك التى نص عليها فى العقد^(١) .

ومن ذلك أن تعهد الإدارة الى مقاول الأشغال العامة ، بأعمال مختلفة عن الأعمال موضوع العقد ، وتقع على بعد ثلاثة كيلو مترات من موقع الأعمال الأصلية^(٢) ، أو أن تأمر المتعاقد على القيام بأعمال

(١) يعرفها الأستاذ دى لوبادير بقوله ، وهو التعريف الذى اعتمدنا عليه :

«L'ouvrage nouveau est celui qui est étranger par son objet au travail prévu dans le contrat, sans rapport avec celui-ci ou encore qui, quoique prévu en lui-même au contrat, eût été exécuté dans des conditions entièrement nouvelles et différentes de celles prévues».

وراجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٨ فبراير سنة ١٨٨٩ فى قضية

(Corre) المجموعة ص ١٨٦ وفى ١٢ يوليو سنة ١٩٥٠ فى قضية (Vitoret)

المجموعة ص ٤٢٣ .

(٢) حكمه الصادر فى ١٤ أبريل سنة ١٩٤٨ فى قضية (Ministre des armées)

المجموعة ص ١٥٩ .

الصيانة بانشاء أعمال جديدة مبتدأة^(١) ، أو أن تكلف متمهد شق القنوات بأعمال التجفيف «des travaux d'étanchéité»^(٢) . أو أن تصلب من المتعاقد التزام طريقة جديدة في التنفيذ غير الأولى بحيث تقلب له جميع التقديرات الأصلية تماما^(٣) . أو أن تغير مكان الأعمال الأصلية ، اذا كان من شأن ذلك ادخال تعديلات أصلية على شروط العقد^(٤) . . . الخ .

وواضح من الأمثلة السابقة أن الأعمال الجديدة (L'ouvrage nouveau) تختلف في طبيعتها عن الأعمال غير المتوقعة (L'ouvrage imprévu) والأعمال الاضافية (Les travaux supplémentaires) التي يسمح مجلس الدولة الفرنسي للادارة بأن تكلف المتعاقد بتنفيذها عن طريق حقها في التعديل .

والأعمال غير المتوقعة ، هي أعمال لم تظهر في العقد ، ولكنها ليست غريبة عنه . ومن هذا القبيل طلب اعادة ترميم قناة ، تهدمت بسبب انهيار أحد الجسور أثناء انشاء احدى السكك الحديدية^(٥) ، أو نقل الأتربة اللازمة للعمل بسبب رطوبة الأرض^(٦) ، أو انشاء قنوات جانبية لتصريف المياه بمناسبة انشاء أرصفة جديدة للمترو^(٧) ، أو

-
- (١) حكمه الصادر في ٨ مارس سنة ١٩٤٦ في قضية (Ville d'Asnières) المجموعة ص ٧٦ .
- (٢) حكمه الصادر في ١٢ يوليو سنة ١٩٥٠ قضية (Vitaret) المجموعة ص ٤٣٣ .
- (٣) حكمه في ٣٠ ديسمبر سنة ١٨٨٦ في قضية (Jaufert) المجموعة ص ٨٧٣ .
- (٤) حكمه في ٣٠ يونية سنة ١٩٠٥ في قضية (Baruel) المجموعة ص ٦٠٢ .
- (٥) حكم المجلس الصادر في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٠ في قضية (Départ. Seine inférieure)
- (٦) حكم المجلس الصادر في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٢ في قضية (Dep. de l'Aisne) المجموعة ص ١١٤٠ .
- (٧) حكم المجلس الصادر في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ في قضية (Entr. coop. française) المجموعة ص ٩٣١ .

الاستعاضة عن القنطرة ذات الفتحة الواحدة بأخرى ذات خمس فتحات^(١) . . . الخ .

أما الأعمال الإضافية ، فهي أيضا أعمال لم تظهر في العقد ، ولكن قائمة الأسعار توقعتها وحددت أسعارها . ومثال ذلك طلب مد السد المتفق عليه في العقد مسافة اضافية لأن النهر غير مجراه على غير المتوقع^(٢) . ومنها أيضا الأعمال التي تعتبر تكملة طبيعية للعقد ، فيجوز للإدارة أن تطالب المتعاقد بانجازها ولو بعد انتهاء الأعمال الأصلية .

وفائدة التفرقة بين الأعمال غير المتوقعة والأعمال الإضافية ، ترجع الى كيفية تحديد الثمن في الحالتين : ففي الحالة الأولى يقدر الثمن استقلالا عن الثمن المتفق عليه في العقد . أما في الحالة الثانية فإن الثمن يقدر على أساس السعر الوارد في العقد ، مع ملاحظة أن الحالتين كثيرا ما تتداخلان في العمل ، كما أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي - كما لاحظ الفقهاء - لا يجرى على التمييز بين الحالتين بدقة ، بل انه لا يلتزمه في بعض الحالات^(٣) .

٦ - ويترتب على مجاوزة الإدارة لحدود سلطتها في الرقابة والتعديل ، حق المتعاقد في طلب التعويض أو الفسخ ، كما سنرى تفصيلا فيما بعد .

(١) حكم المجلس الصادر في ٢٠ يوليو سنة ١٨٧٧ في قضية (Barney) المجموعة ص ٧٢٧ .

(٢) راجع أحكام المجلس الصادرة في ٣٠ يناير سنة ١٩٣٥ في قضية (Etabli.

Briassent) المجموعة ص ١٣٢ ، وفي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ في قضية (Etabli.

Decours) المجموعة ص ١٠٣٠ وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٦ في قضية (Ville de Nîmes)

(٣) حكم المجلس الصادر في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ في قضية (Et. Decours) المجموعة ص ١٠٣٠ وفي ٨ مارس سنة ١٩٤٦ في قضية (Ville d'Assièrre) المجموعة ص ٧٦ .

٣ - § سلطة التعديل في عقود التوريد

١ - تقوم عقود التوريد على أساس تسليم منقولات للإدارة ، ولما كانت سلطة التعديل تستند أساسا الى صلة العقد بالمرفق العام ، وكانت صلة التوريد بالمرفق ليست بدرجة وضوح صلة العقد الآخرين به فقد كان الشائع حتى عهد قريب أن سلطة التعديل في نطاق عقود التوريد انما تمارس في أضيق حدود .

ولكن الفقه الحديث يميز في نطاق عقود التوريد الادارية بين نوعين منها : عقود التوريد العادية (Les marchés ordinaires de fournitures) وعقود التوريد الصناعية (Les marchés industriels ou de fabrication) ويميز بين سلطة الادارة في الحالتين :

٢ - أما في نطاق عقود التوريد العادية : فان رقابة الادارة تتجلى بشكل واضح فيما يتعلق بفحص البضائع تمهيدا لتسليمها نهائيا «reception» وقد تولى بيان ذلك ، الفصل الثالث من اللائحة الجديدة في المواد من ٨٨ الى ٩٢ .

أما فيما يتعلق بالاشراف والتوجيه أو التعديل قبل التسليم ، فان الأصل أن يرجع بخصوصه الى شروط العقد ، ودقاتر الشروط . فاذا التزم العقد الصمت فان الأصل أن يترك للمورد حرية التوريد على مسؤوليته^(١) .

ولكن نظرا لضعف صلة عقود التوريد العادية بالمرفق العام ، فان بعض الفقهاء ينازعون في حق الادارة في تعديل كمية البضائع المتفق على توريدها بالنقص أو بالزيادة . وأحكام مجلس الدولة

(١) وعلى هذا الأساس يقول الفقيه جيز في مؤلفه في العقود ، الجزء الأول

ص ٤٣١ :

«Le silence du contrat signifie que le fournisseur a l'initiative et le choix des moyens».

الفرنسي في هذا المجال قليلة ، ولكنه أعلن صراحة عن حق الادارة في تعديل شروط عقد التوريد بالنقص أو بالزيادة^(١) .

ولهذا وقف الفقيه دى لوبادير موقفا وسطا في هذا الصدد ، فسلم بحق الادارة في تعديل شروط عقود التوريد . ولكنه يرى أن سلطة الادارة في هذا الصدد هي سلطة مقيدة ، منوطة بقيام ظروف ملحة تستدعي هذا التعديل ، كالفناء المرفق أو اعادة تنظيمه بشكل يجعل ظروفه الجديدة لا تتفق مع شروط عقد التوريد^(٢) .

٣ - أما في عقود التوريد الصناعية : فان الوضع مختلف ، لأن الادارة لا تتفق على مجرد التوريد ولكن على نوع الصناعة أيضا ، لا سيما اذا انصب موضوع التعاقد على أشياء ذات أهمية خاصة تتعلق بالجهود الحربية مثلا ، فحينئذ لا تقتصر رقابة الادارة على مجرد التسليم ، ولكن يكون لها متابعة المتعاقد أثناء تنفيذ العقد على النحو الذي رأيناه عند دراسة الرقابة في عقود الأشغال العامة .

ولكن معظم هذا المجال ، قد نظمته دفاتر الشروط الخاصة في فرنسا .

٤ - وفي مصر كان هذا الموضوع قد حسم تشريعا في ظل المادة ٨٧ من اللائحة الملغاة والتي تحتفظ للوزارة أو المصلحة أو السلاح بالحق في تعديل العقد بالزيادة أو النقص في حدود ١٥٪ في عقود التوريد و ٣٠٪ في عقود توريد الأغذية . وهذا النص كان استمرارا لما كان مقررا في لائحة المخازن والمشتريات . وقد أكدت محكمة القضاء الاداري المصرية أن نصوص لائحة المخازن والمشتريات ليست الا ترديدا للمبدأ العام الذي يسمح للادارة بتعديل شروط العقود الادارية . وكان ذلك في حكمها الصادر في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (وقد سبقت الإشارة اليه) حيث تقول : « ومن حيث

أن سلطة الادارة فى تعديل عقود التوريد من حيث الزيادة أو النقص فى الكميات المتفق على توريدها قد تضمنتها لائحة المخازن والمشتريات المصدق عليها من مجلس الوزراء فى ٦ يونية سنة ١٩٤٨ ، اذا نص البند السادس من المادة ١٣٧ من هذه اللائحة على ما يأتى (المادة) ويبين من مراجعة التشريعات التى صدرت فى شأن العقود الادارية أن هذا النص لا يزال قائما (واستعرضت المحكمة تلك النصوص السابقة على لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة) ثم قالت ٠٠ ومن حيث انه يبين من ذلك أن هناك قاعدة تنظيمية مقررة بالنسبة للحد الأقصى للكميات التى تكون محلا للتوريد وهى ألا يجاوز تعديل العقد بشأنها نسبة مئوية معينة زيادة أو نقصا ، وأن أقصى هذه النسبة فيما يتعلق بمقود توريد الأغذية ٢٠٪ (وذلك قبل رفع هذه النسبة الى ٣٠٪ فى لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة) وبذلك وضمت القاعدة معيارا ماديا للحد الطبيعى المعقول الذى يستطيع المتعاقد مع الادارة تحمل أعبائه ويلتزم بتنفيذه ٠٠ » .

وكانت ظروفه القضية التى صدر فيها الحكم السابق ، أن الوزارة تماقدت مع ثلاثة أفراد على توريد كمية من الدقيق ، فتخلف أحدهم عن تنفيذ عقده ، فأصدرت الادارة أمرا الى المتماقدين الآخرين بتوريد الكمية التى نكل عن توريدها المتماقدا الثالث ، مما رفع نصيب الطاعن من ٥٠٠ جوال الى ١٥٠٠ جوال ٠ فلما طعن فى هذا الأمر قالت المحكمة « ٠٠ وهذه زيادة فاحشة جدا وتتجاوز النسبة المئوية المقررة فى لائحة المخازن والمشتريات ، كما تتجاوز الحدود الطبيعية المعقولة لمقدار الأعباء التى يصح أن يتحملها المدعى عليه ، وتخرج عن نطاق ما كان يتوقعه عند تماقده مع الوزارة » ثم استطردت المحكمة قائلة : « ٠٠ ان عجز أحد المتماقدين مع الوزارة عن الوفاء بالتزامه بتوريد الكمية المتفق عليها معه ، لا يبيح للوزارة أن تنقل يارادتها المنفردة عبه هذا الالتزام نفسه أو جزء منه الى آخر ، بل

يتعين عليها أن تطبق نصوص المقد على المتعاقدين المتخلف ، فصادر التأمين المدفوع منه ، وتنفذ العملية على حسابه وترجع عليه بالتعويض . ومن ثم فإن المدعى عليه كان محقا في الامتناع عن توريد هذه الكمية بنفس شروط عقده ، اعتبارا بأن طلب الوزارة بشأنها إنما هو عرض جديد من جانبها عن كمية أخرى غير الكمية المتعاقدين عليها ، وكان على الوزارة اما أن تقبل شروطه الجديدة عن توريد هذه الكمية ، واما أن ترفضها على اعتبار أن الكمية المذكورة هي موضوع تعاقدين جديد مستقل عن التعاقدين الأصلي القائم بينهما ، ولم يكن من حق الوزارة أن تجبره على التنفيذ أو أن توقع عليه الجزاء الخاص بالتعاقدين المتخلف عن التنفيذ ، وهو مضادة التأمين وتنفيذ العملية على حسابه ، وتحت مسؤوليته » .

ولما كانت لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة لم تتضمن الأحكام التفصيلية السابقة ، فإن هذا الأمر أصبح متروكا للقواعد العامة على النحو الذي ذكرناه فيما سبق .

ثم انه ليس من الضروري أن يقتصر التعديل في عقد التوريد على الكمية ، فقد ينصرف الى المواصفات مما كشف عنه حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ١١ مايو سنة ١٩٦٨ (ص ١٣ ص ٨٩٧) حيث نص العقد على توريد دجاج وأرانب حية ، ولكن الادارة طالبت بتوريدها مذبوحة ، ومنزوعة الأحشاء . فقالت المحكمة ان هذا الذي طلبته الادارة في حقيقته « تعديل لشروط المقدم تملكه الادارة المتعاقدة على أن تعوض المتعاقدين معها عما لحقه من ضرر نتيجة هذا التعديل » .

٥ - وتحديد حق الادارة في التعديل بنسبة معينة في عقود التوريد مما كان مقررًا في اللائحة الملغاة ، كان من شأنه أن يسهل من الرقابة . أما حقوق المتعاقدين في حالة مخالفة الادارة لهذا الحد ، فقد أوضحها حكم محكمة القضاء الاداري المشار اليه في الفقرة

السابقة ، والتي ما تزال تحتفظ بقيمتها فى الوضع الحالى ، ولكن السلطة التقديرية للقضاء الادارى قد زادت .

المبحث الثالث

حق الادارة فى توقيع جزاءات على المتعاقدين

١ - اذا اخل المتعاقد مع الادارة بالتزاماته التعاقدية - بأن أهمل أو قصر فى التنفيذ ، أو لم يحترم المدد المحددة للتنفيذ ، أو تنازل عن المقدد .. الخ - فان للادارة أن توقع عليه جزاءات ، وهنا أيضا تختلف الجزاءات فى نطاق عقود الادارة عن نظيرتها فى العقود المدنية ، لاختلاف الهدف فى كل من النظامين . وبمقارنة النوعين نجد أن ثمة جزاءات فى المجال الادارى لا نظير لها فى القانون المدنى والعكس . هذا من ناحية . ومن ناحية أخرى فان الجزاءات المتشابهة فى القانونين تخضع لنظام قانونى مختلف ، كما «خرى تفصيلا فيما بعد .

٢ - والجزاءات التى تملك الادارة توقيعها متنوعة ، ولكن يمكن مع ذلك ردها الى الأنواع التالية :

أولا - الجزاء المالى : «Les sanctions pécuniaires» ، وهذه الجزاءات - كما يدل عليه اسمها - عبارة عن مبالغ من المال توقع على المتعاقد اذا اخل بالتزاماته .

ثانيا - وسائل الضغط والاكراه : «Les sanctions coercitives» وتستهدف هذه الوسائل اجبار المتعاقد المقصر أو المتخاذل على الوفاء بالتزاماته .

ثالثا - الفسخ : «La résiliation du contrat (ou déchéance)» وذلك بانهاى الرابطة التعاقدية .

رابعا - العقوبات الجنائية : «Les sanctions pénales» وذلك فى حالات نادرة .

٣- ولقد أجمعت محكمة القضاء الإداري تلك المبادئ في حكمها الصادر في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧^(١) حيث تقول : « ان كل اخلال من جانب المتعاقد مع الادارة لا يقتصر على أن يكون اخلالا بالتزام تعاقدى فحسب ، وانما فيه أيضا مساس بالمرفق العام الذي يتصل بالمقد • واتصال المقد الإداري بالمرفق العام ، وضرورة الحرص على حسن سير هذا المرفق بانتظام واحترام • • • • • يوجب أن تكون الجزاءات سلطة توقيع الغرامة عند التأخير في التنفيذ ، ثم سلطة معنى العقوبة ، ولا تتفق مع أحكام القانون المدني • ومن هذه الجزاءات سلطة توقيع الغرامة عند التأخير في التنفيذ ، ثم سلطة التنفيذ المباشر بأن تحل الادارة بنفسها محل المتعاقد معها في تنفيذ الالتزام أو أن تعهد بتنفيذه الى شخص آخر • ويتم هذا الاجراء على حساب وتحت مسئولية المتعاقد مع الادارة ، فيتحمل نتائجه المالية • وثالث هذه الجزاءات حق الادارة في الفسخ أى الغاء العقد بذون الالتجاء الى القضاء ، وذلك في حالة تقصير المتعاقد مع الادارة تقصيرا جسيما • • • • • ومن حيث ان هذه الجزاءات هي ضمانات جرى العرف الإداري على ذكرها في العقود الادارية ، وان كانت لا تستقيم مع قواعد القانون المدني ، اذ أن جميع الجزاءات التي يقررها القانون المدني من فسخ أو تنفيذ عيني مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتضى ، لا تكفى للحيلولة دون عبث المتعاقد مع جهة الادارة ، واخلاله بالصالح العام ، بل لابد لصيانة الصالح العام والأمن العام من وجود جزاءات رادعة يجرى توقيعها على المتهم المتخلف أو المقصر دون اتباع أى قواعد أو اجراءات ضيقة أو بطيئة كقواعد القانون المدني ، لأن قواعد هذا القانون لا تستقيم مع السرعة والليونة التي يستلزمها حسن سير المرافق العامة • وهذه هي العلة في انطواء مثل هذه الجزاءات في الواقع على معنى العقوبة ، بل هي في الواقع عقوبة يجرى توقيعها على المتهم المتخلف بمجرد قيام سببها ، وبصرف النظر عن القواعد التي يقررها القانون الخاص • • »

(١) القضية رقم ٤١٨٦ لسنة ١ قضية ، السيد صلاح الدين جلال قيد وزارة الحربية والبحرية .

ولقد أيدت المحكمة الادارية العليا هذا القضاء ، فهي عند الحديث عن عقوبة من المقويات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها تحرص على ربطها بالمبدأ العام ، وترجمها الى أساسها المتعلق بتسيير المرفق العام . فهي تقول مثلاً في حكمها الصادر في ١٧ مارس سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٤٥٩) « ٠٠٠ ان الشراء على حساب المتعاقد المقصر ، وسيلة من وسائل الضغط التي تستخدمها الإدارة لارغام المتعاقد معها على تنفيذ العقد ، وهي جزاء من الجزاءات التي تملك الادارة توقيعها على المتعاقد معها ، والتي جرى العرف الادارى على اشتراطها في العقود الادارية . والملاحظ في هذه الجزاءات أنها لا تنقيد في أحكامها بقواعد القانون المدني حتى تتلاءم مع السرعة والمرونة التي يقتضيها حسن سير المرافق العامة » .

وهي تردد ذات المبدأ في حكمها الصادر في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦١ (السنة ٧ ص ١٠٢) حينما تصف التنفيذ على حساب المتعاقد بأنه « ٠٠٠ تطبيق لقاعدة تنفيذ الالتزام عينا ، تقوم به الإدارة بنفسها عند أخلال المتعاقد معها بتمهده ضمانا لحسن سير المرافق العامة واطراد سيرها ، ومنما من تعطّلها بما قد يعرض المصلحة العامة للضرر اذا توقفت هذه المرافق » .

وفي حكمها الصادر في ٢١ مارس سنة ١٩٧٠ (س ١٥ ، ص ٢٢٢) تقول : « من المبادئ المسلمة في فقه القانون الادارى أن غرامات التأخير في العقود الادارية مقررة ضمانا لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، ولذا فإن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الادارة من تلقاء نفسها دون أن تلتزم بإثبات حصول الضرر ٠٠٠ » .

٤- وبصرف النظر عن النظام القانوني الخاص بكل نوع من هذه الجزاءات على حدة ، فإن الجزاءات الادارية جميعها تخضع لبعض الخصائص المشتركة ، ومن ثم فأننا نعرض لهذه الخصائص ، ثم ندرس بالتفصيل النظام القانوني الخاص بكل نوع من الجزاءات على حدة .

المطلب الأول

الخصائص المشتركة للجزاءات الادارية

١ - § حق الادارة فى توقيع الجزاء بنفسها

١ - فى هذا المجال تتمتع الادارة بحرية التصرف «Le privilège de préalable» التى لا مقابل لها فى القانون الخاص . ومن ثم فانها تستطيع أن توقع الجزاء بنفسها ، دون حاجة الى الالتجاء الى القضاء مقدما ، وذلك تحت رقابة القضاء بطبيعة الحال .

وهذا الحق يغطى - كقاعدة عامة - جميع أنواع الجزاءات التى توقع على المتعاقدين المخل بالتزاماته التعاقدية والتى أشرنا اليها فيما سلف . وهو ما سلمت به محكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ١٧ مارس سنة ١٩٥٧ حيث تقول : « . . . ومن حيث انه وان كان للادارة سلطة توقيع جزاءات على المتعاقدين اذا ما قصر فى تنفيذ التزاماته ، فانه يتمين الافصاح عن رغبة جهة الادارة فى استعمال سلطتها هذه ولا بد من صدور قرار ادارى »^(١) . كما أكدته المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٢١ مارس سنة ١٩٧٠ والمشار اليه فيما سبق .

٢ - ولكن استثناء من هذه القاعدة العامة ، فان مجلس الدولة الفرنسى يستثنى عقوبة واحدة من العقوبات ، وهى عقوبة اسقاط الالتزام «La déchéance du concessionnaire» فيجعل توقيعها للقضاء، كما سنرى تفصيلا فيما بعد عند دراسة نهاية المقود الادارية .

وأحكام القضاء الادارى المصرى فى هذا المجال قليلة ، ومنها حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٣ مارس سنة ١٩٥٧ حيث تقول : « . . . ولها (الادارة) أن توقع عليه (الملتزم) الجزاءات . . . واذا كان سحب الالتزام - بعد أخذ رأى مجلس النقل الاستشارى

(١) القضية رقم ١٧٢٨ ، لسنة ١٠ قضائية وزارة الصحة ضد السيد عبد الحليم محمد عظام مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ١١ ، ص ٢٧١ .

وموافقة مجلس الوزراء طبقا لما تقتضى به المادة الثامنة من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٥٠ فى شأن النقل العام للمركاب - يعتبر جزاء شديدا لما يترتب عليه من نتائج خطيرة ، فإن التجاؤ الادارة اليه لا يكون الا فى احوال المغالطات الجسيمة أو عندما يتكرر الأهمال الفاحش من جانب الملتزم أو يعجز عن تسيير المرفق وأداء الخدمات المطلوبة « (١) » .

كما أن المحكمة الادارية العليا قد أقرت حق الادارة فى سحب التزام بادارة سوق فى حالة ارتكاب الملتزم خطأ جسيما ، فهى تقول : « ومن حيث ان الادارة عندما قامت بسحب الالتزام من المدعى ، ومصادرة التأمين النهائي بالتطبيق لأحكام المادتين ٢٩ و ٣٠ من شروط الالتزام ، انما كان ذلك بسبب اخلال المدعى بشروط العقد .. وهو جزاء من قبيل الجزاءات التى تملك جهة الادارة توقيعها على المتعاقدين منها عند اخلاله بالتزاماته » (حكمها الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ ، ص ١٧ ، ص ٥٧٦) .

ثم ان فتاوى قسم الترائى مستقرة على أن للادارة الحق فى أن توقع عقوبة الاسقاط بنفسها دون حاجة الى الالتجاؤ الى القضاء . ومن ذلك على « بيل المثال فتوى الجمعية الموممية للقسم الإستشارى رقم ٥٩ فى فبراير سنة ١٩٥٨ (مجموعة الأستاذ أبو شادى ، ص ٦٤) حيث تقول : « ان اسقاط الامتياز ما هو الا جزاء توقعه السلطة مانحة الالتزام نتيجة لأخطاء جسيمة اقترفها فى ادارته للمرفق بحيث يصبح من المتعذر الاطمئنان الى استمراره فى ادارة المرفق وتسييره . وفى هذه الحالة لا تقوم السلطة مانحة الالتزام بتمويض الملتزم نتيجة اسقاط التزامه » (٢) .

(١) مجموعة أحكام محكمة القضاء الادارى ، السنة ١١ ص ٢٣٩ .
(٢) واستطردت الفتوى تقول : « ... والاسقاط من هذه الوجهة يختلف عن الاسترداد ، اذ من حق السلطة مانحة الالتزام أن تسترد المرفق فى أى وقت تشاء من قبل انتهاء مدة الامتياز .. » .
وراجع أيضا فتوى القسم مجتمعاً رقم ٢٨٠ فى ١٩٥٢/٥/٢ ، المجموعة السابقة ، ص ٦٧ وفتاوى رقم ٣١ فى ١٩٥٣/١/٢٨ ، المجموعة ذاتها ، ص ٧٠ .

٣ - وإذا قررت الادارة توقيع الجزاء بنفسها ، فانها تترخص في اختيار وقت توقيعها ، وذلك اذا لم يحدد العقد ميعادا لذلك . ولا يستطيع المتعاقد - كما تقول المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ٢٧ مايو سنة ١٩٦٧ (س ١٢ ، ص ١١٠٠) - المحاجة بأن « الادارة تراخت في توقيع الجزاء ، وأن تراخيها أساء اليه ، اذ لا يسوغ للمنطلي أن يستفيد من تقصيره »

٤ - على أنه اذا كان للادارة أن توقع الجزاء بنفسها ، فانها تفعل ذلك على مسئوليتها تحت رقابة القضاء^(١) . وبالتالي فان لها أن تسلك الطريق الأحوط ، فتطلب من قاضي العقد أن يحكم بتوقيع الجزاء الذي يراه مناسباً حتى تأمن جانب المسؤولية . على أن مجلس الدولة الفرنسي يمتنع عن الحكم بجزاءات بناء على طلب جهة الادارة المتعاقدة في حالة ما اذا كان العقد يحتفظ لجهة ادارية أخرى بحق توقيع الجزاءات عن المخالفات التي يرتكبها المتعاقد . وبناء على هذا الأساس رفض أن يجيب المجلس البلدي الى طلبه بفسخ عقد الامتياز ، لأن العقد المطلوب فسخه يحتفظ بهذا الحق للمحافظ (préfet)^(٢) .

٢ - § تمتع الادارة بحق توقيع الجزاء ولو لم ينص عليه في العقد

١ - ينص العقد عادة على مختلف الجزاءات التي يجوز للادارة أن توقعها على المتعاقد المقصر . ولكن المسلم به في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن سلطة توقيع الجزاءات هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد ، توجد حتى ولو لم ينص عليها في العقد . واذا نص

(١) وبهذا المعنى ترد المحكمة الادارية العليا على من يتخوفون من سلطة الادارة في هذا الصدد بقولها : « والقول أنه (هذا الحق) يطلق يد الادارة في توقيع الغرامة التي تقدرها بلا قيد من حيث مقدارها ، هذا القول مردود بأن استعمال الادارة حقها المخول لها من حيث فرض الغرامة على المخالف خاضع لرقابة القضاء الاداري للتحقق من أنه غير مشوب بالتعسف » .

(حكمها في ١٢ مايو سنة ١٩٦١ ، السنة ٦ ص ١٠١٢) .

(٢) حكمه الصادر في ٢٤ يوليو سنة ١٩٥٢ في قضية (Depaenue) المجموعه ص ٥٤١ .

المقد على بعضها فان ذلك لا يعنى تقييد حرية الادارة فيما عدا ما نص عليه ، بل تستطيع الادارة تحت رقابة القضاء أن توقع على المتعاقد جميع أنواع الجزاءات المقررة . وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسى من تاريخ متقدم فى حكمه الرئيسى الصادر فى ١٣ مايو سنة ١٩٠٧ فى قضية (Deplanque) (١) .

وهو ما أخذت به محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ١٩٩٨ لسنة ١٠ قضائية بخصوص جزاء وقمته الادارة على المتعاقد المقصر رغم عدم النص على ذلك فى المقد حيث تقول « ... ومن ثم فليس بالذى يعتد به ما يقول به المدعى فى مذكرته من أن شروط المزايدة لم ينص فيها على حق الوزارة فى مصادرة التأمين ، لأنه مادام الغرض من التأمين هو ضمان التنفيذ ... فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للوزارة حق مصادرة هذا التأمين فى حالة عدم التنفيذ سواء نص أو لم ينص فى الشروط على هذا الحق ، والا لما كان هناك محل أصلا لاشتراط دفع تأمين مع المطاء ... » (٢) .

٢ - وهذه القاعدة تتضمن الأحكام الآتية :

(أ) أن خلو المقد من الجزاءات لا يجرد الادارة من الحق فى أن تستبدل به غيره (١) .

(ب) أن النص على بعض الجزاءات لا يحول دون توقيع باقيها .

(ج) أن وضع جزاءات لبعض المخالفات لا يقيد الادارة فى توقيع جزاءات عن المخالفات الأخرى .

(د) ولكن اذا توقع المقد خطأ ممينا ووضع له جزاء بعينه ، فيجب

(١) المجموعة ص ٥١٤ . ومنتشور أيضاً فى مجموعة مبرى سنة ١٩٠٧ انقسم الثالث ص ١١٣ مع تقرير روميو ، وتعليق هوريو .
(٢) السيد نيقولا فاسيلويولو ضد وزارة المالية والاقتصاد .

أن تتقيد الإدارة بهذا الجزاء ، بحيث لا يجوز لها - كقاعدة عامة - أن تستبدل به غيره^(١) .

ولكن الملاحظ أن القضاء لم يعمل الحكم الأخير على إطلاقه إلا بالنسبة للجزاءات المالية كما سنرى . أما فيما عداها من الجزاءات ، فإن مجلس الدولة الفرنسي يستهدى بالقاعدة السابقة كتوجيه عام ، بدليل أنه في بعض الأحكام قد خرج على الجزاء المتفق عليه بالنسبة الى مخالفات معينة : أما بالتخفيف إذا قدر أن العقوبة المتفق عليها مغالى فيها . ومثال ذلك اكتفاؤه بوضع المرفق تحت الحراسة بدل عقوبة توقيع الفسخ المنصوص عليها في العقد^(٢) . وأما بالتشديد إذا قدر أن جسامته المخالفة لا تتفق مع العقوبة المنصوص عليها في العقد ، كالاتماسة عن العقوبة المنصوص عليها بالفسخ^(٣) .

ولقد أتيح للمحكمة الإدارية العليا أن تبلور كثيرا من هذه المبادئ في أحكامها ، ومنها على سبيل المثال حكمها الصادر في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٦٥ (س ١١ ، ص ٥٢) حيث تقرر أنه يجوز الجمع بين مصادرة التأمين والفسخ والتعويض ، وتؤصل ذلك بقولها : « وغنى عن البيان أن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض رهين بالآ يعظر العقد الإداري صراحة هذا الجمع ، وأن يكون الضرر لا يزال موجودا بعد مصادرة التأمين ، بمعنى أن يكون قدر الضرر أكبر من مبلغ هذا التأمين » . وبذات المعنى حكمها الصادر في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٦٦ (س ١٢ ص ٢٦٠) .

(١) تقرير المفوض روميو في حكم (Deplanque) المشار اليه في الهامش السابق وقد جاء فيه :

« On ne saurait substituer une sanction autre que celle dont les parties sont convenues dans leur marché. »

وراجع حكم المجلس الصادر في ٤ أبريل سنة ١٩١٤ في قضية (Départ. de la Vendée) المجموعة ص ٤٨٩ .

(٢) حكم المجلس الصادر في ٨ يوليو سنة ١٩٢٥ في قضية (Guillet Finolly) المجموعة ص ٦٦١ وفي ٣٠ مارس سنة ١٩٢٨ في قضية (Ville de Lambans) المجموعة ص ٤٨١ .

(٣) حكمه في ٢ يوليو سنة ١٩٢٤ في قضية (Giron) المجموعة ص ٦٢٨ .

وفي حكمها الصادر في ٨ أبريل سنة ١٩٦٧ (س ١٢ ، ص ٨٨٢) تضع القاعدة العامة بقولها : « ومن حيث انه من الأمور المسلمة في فقه القانون الإداري أنه اذا ما أخل المتعاقد مع جهة الادارة بالتزاماته التعاقدية فلها أن توقع عليه جزاءات متنوعة منها الجزاءات المالية ومنها بعض أساليب الضغط ... ووفقا لهذا التنظيم يحق لجهة الادارة أن توقع أحد الجزاءين أو كليهما وفقا لظروف الحالة ، كما يجوز لها أن تجمع بينهما » .

وفي ذات الحكم قررت المحكمة - كما ذكرنا - أنه لما كان العقد الإداري عقدا ، وليس عملا شرطيا فانه « اذا ما توقع المتماقدان في العقد الإداري خطأ معيناً ووضعاً له جزاء ، فيجب أن تنقيد جهة الادارة بما جاء في العقد ، ولا يجوز لها كقاعدة عامة أن تخالفه أو تطبق في شأنه نصوص لائحة المناقصات » .

وفي حكمها الحديث الصادر في ٨ مارس سنة ١٩٨٦ (الطعن رقم ٢٩٨ لسنة ٢٧ قضائية) تلخص المبادئ المقررة في هذا الصدد حيث تقول :

- للادارة سلطة تحديد مبدأ حساب غرامة التأخير عند تأخر المقاول في تسليم العمل في الموعد المحدد ، وتحديد الأعمال التي تحسب على أساسها غرامة التأخير .

- اذا كانت الأعمال التي تراخى المقاول في تنفيذها تحول دون الاستفادة بالمشروع المتعاقد عليه على الوجه الأكمل ، تحسب غرامة التأخير على أساس قيمة ختامى العملية .

- اذا رأت جهة الادارة أن الأعمال المتأخرة لا تبلغ من الأهمية الحد الذي يحول دون استفادتها بالمشروع رغم تراخى المقاول في تنفيذها ، يكون حساب الغرامة على أساس قيمة الأعمال المتأخرة .

- تحديد مدى أهمية الأعمال المتأخرة ومدى تأثيرها على الاستفادة من المشروع يدخل في نطاق السلطة التقديرية لجهة الادارة بغير معقب عليها ، مادامت تستهدف وجه الصالح العام .

٣ - ضرورة اعداد المتعاقد قبل توقيع العقوبة

١ - يفرض مجلس الدولة الفرنسى على الادارة - كمساعدة عامة - أن تندر المتعاقد المخطئ ، وأن تنبيه الى خطئه قبل توقيع الجزاء (La mise en demeure préalable). وهذا الالتزام لاشك فيه بالنسبة الى بعض الجزاءات ، مثل غرامات التأخير (penalités de retard) وفى حالة الفسخ (resiliation) ويتشكك بعض الفقهاء فى ضرورته بالنسبة الى بعض الجزاءات الأخرى ، كوضع المشروع تحت الحراسة (La mise sous séquestre) ^(١) ولكن بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسى يستفاد منها تعميم الالتزام السابق ، لاسيما حكمه الصادر فى ١١ يوليو سنة ١٩٤١ فى قضية (Grenouiller) ^(٢) .

ولقد وجدنا حكما قديما لمحكمة القضاء الادارى صادرا فى ٢١ يونية سنة ١٩٥٣ (من ٧ ، ص ١٦٤٣) يجعل من الالتزام السابق قاعدة عامة ، وان كان ذلك الحكم قد استند الى نصوص القانون المدنى حيث يقول : « ٠٠٠ والأصل أن تغلف أحد المتعاقدين فى التنفيذ على نحو يضار به الطرف الآخر لا ينشئ حقا فى التمويض الا باعداد الطرف المتغلف وفقا لأحكام المادة ١٢٠ من القانون المدنى الملغى والمادة ٢١٨ من القانون المدنى الجديد ، اذ أن المسؤولية التعاقدية الناشئة عن التأخير يجب لاستحقاق التمويض عنها اعداد المدين كما يجب أن يتم هذا الاعذار فور التأخير ، وأن يتضمن تكليفاً بالتنفيذ » . كما أن بعض مواد اللائحة تشترط الاعذار صراحة قبل الالتجاء الى توقيع الجزاء ، فالمادة ٨٢ من اللائحة الجديدة (التى تقابل المادة ٩٤ من اللائحة الملغاة) مثلا توجب اخطار المقاول الذى يغل بشرط التقاقد ، بوجوب اصلاح الخطأ « خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول » وذلك قبل توقيع الجزاءات المقررة فى المادة ٠

(١) راجع مؤلف جيز فى العقود الجزم الثالث ، ص ٨٩٥ .

(٢) المجموعة ص ١٢٤ ، وقد جاء فى هذا الحكم قول المجلس :

«Aucune clause du contrat ne dispensait la commune en cas d'inexécution par le avant contractant d'un de ses engagements de l'obligation de la mettre en demeure qué ne soient prises les sanctions qui pouvaient étre portées ses manquements».

هذا المجال ، وتمثل ضمانه فعالة للمتماقد ، ضد تعسف الادارة أو مخالفتها للقانون .

والمسلم به أن رقابة القضاء فى هذا الصدد هى من قبيل القضاء الكامل ، ومن ثم فإن سلطاته واسعة ، تتناول مشروعية القرارات المصادرة من الادارة بتوقيع الجزاءات ، سواء من حيث الشكل أو الاختصاص ، أو مخالفة القانون أو التعسف أو الانحراف ، ولكنها لا تقف عند الحد السابق ، بل تمتد الى البواعث التى حدثت بالادارة الى توقيع الجزاء (contrôle des motifs) كما تتناول أسبابه . فيقدر القضاء ما اذا كان المتماقد قد أخطأ حقيقة ، وما اذا كان الجزاء الذى وقمته الادارة يتناسب مع الخطأ المنسوب الى المتماقد^(١) .

٢ - ولكن سلطات القاضى ليست واحدة فى مواجهة الجزاءات غير المشروعة أو القاسية :

(أ) ففيما يتعلق بالجزاءات المالية ، يستطيع القاضى أن يحكم بردها ، أو بالاعفاء منها أو بتخفيضها على حسب الأحوال .

(ب) أما فيما يتعلق بوسائل الضغط والاكراه التى تلجأ اليها الادارة ، فإن القاضى يستطيع أن يحكم بالتمويض عنها ولكنه لا يستطيع أن يحكم بالفائتها فى جميع الحالات كما سنرى فيما بعد .

٣ - ولقد أقرت المحكمة الادارية العليا هذه المبادئ فى أحكامها القديمة والحديثة على السواء ، ومن أحدث أحكامها فى هذا الصدد ، حكمها الصادر فى ١٩ أبريل سنة ١٩٨٦ (القضيتان رقما ٢١١٥ و ٢٥١٦ لسنة ٣٠ القضائية) حيث تقرر :

- ان شطب اسم المتعهد من سجل الموردين لاستعماله الفش

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٢ مارس سنة ١٩٢٩ فى قضية (Brandt) المجموعة ص ٣٥٦ ، وفى ١١ يوليو سنة ١٩٤١ فى قضية (Grenouiller) المجموعة ص ١٢٤ وفى ٢١ يناير سنة ١٩٤٤ فى قضية (Léoni) مجلة القانون العام سنة ١٩٤٥ ص ٢٥٥ .

والتواؤ ، يجب أن يستند القرار الصادر به الى أساس من الواقع أو القانون ، وانتفاء ذلك يجعل القرار فاقدا لركن السبب ، ويترتب على ذلك توافر ركن الخطأ وانعقاد مسؤولية الادارة .

— وأن تقارير المباحث لا تمدو أن تكون من قبيل اجراءات جمع الاستدلالات التي تخضع فيما ورد فيها من بيانات وقرائن وادلة لرقابة المحكمة ، استنادا الى مبدأ حرية القاضي في تكوين اقتناعه بأدلة الاثبات المطروحة في الدعوى .

المطلب الثاني

أنواع الجزاءات الادارية

الفرع الأول

الجزاءات المالية

وهى عبارة عن المبالغ التى يحق للادارة أن تطالب بها المتعاقد اذا أخل بالتزاماته التعاقدية . وهى نوعان : منها ما يقصد به تغطية الضرر الحقيقى الذى يلحق الادارة نتيجة لخطأ المتعاقد (Les dommages-intérêts) ومنها ما يقصد به توقيع عقاب على المتعاقد بغض النظر عن أى ضرر يلحق الادارة (Les pénalités) وهذه الجزاءات بنوعها تختلف اختلافا بيناً عن نظائرها فى القانون الخاص ، كما أن النظام القانونى للنوعين فى نطاق القانون الادارى مختلف على النحو التالى :

١ - § التعويضات (Les dommages-intérêts)

١ - وهذا هو الجزاء الأصيل للاخلال بالالتزامات التعاقدية ، وذلك اذا لم ينص على جزاءات مالية لمواجهة هذا الاخلال . والنظام القانونى لهذه التعويضات قريب من النظام المدنى لها ، فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض ، وفى اشتراط ركن الضرر . ولكن النظامين يختلفان فيما يتعلق بكيفية تحصيل هذه التعويضات ، وذلك على النحو العالى :

٢ - فالتمويض ، بمكس الغرامات المالية ، لا يحكم به القاضى الا اذا ثبت الضرر^(١) ، كما هو الشأن فى القانون الخاص . كما أن التمويض يقدر وفقا لجسامة الضرر الذى تتحمله الادارة^(٢) ، مع مراعاة الأخطاء التبادلية لكل من الطرفين وفقا للقواعد المدنية أيضا .

٣ - أما فيما يتعلق بكيفية تقدير التمويض ، فان مجلس الدولة الفرنسى يسمح للادارة بأن تحدده هي مقدا ، على أن ينازع المتعاقد فى هذا التقدير أمام القضاء اذا شاء^(٣) . وللادارة كما ذكرنا أن تعدل عن استعمال هذا الحق ، وتترك تقدير التمويض للقضاء .

كما أن التشريع الفرنسى يسمح للادارة فى كثير من الحالات بأن تلجأ الى تحصيل قيمة التمويضات بمقتضى أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة «Le procédé de l'arrêté de débet»^(٤)

ولم نجد فى تشريعاتنا المطبقة ما يسمح للادارة فى مصر بأن تلجأ الى الطريقة السابقة بالنسبة الى العقود الادارية بالمعنى الفنى ، وان كان المشرع قد بدأ ذات السبيل بالنسبة الى بعض عقود الادارة

(١) حكم المجلس فى ١١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ فى قضية Cie. de navigation Sud-Atl. المجموعة من ٨٩٢ ، وفى ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٠ فى قضية Cie. de navigation Madagascar المجموعة من ٢٣٥ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ فى قضية (Sté électr. de l'Adour) المجموعة من ١١٢٥ .

(٣) أقر مجلس الدولة الفرنسى هذا الحق للادارة لأول مرة بمقتضى حكمه الصادر فى قضية (Deplanque) وقد سبقت الإشارة اليه . وراجع من أحكامه

الأخرى ، حكمه الصادر فى ١١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ فى قضية Cie de navigation (Mannet) Sud Alt. المجموعة من ٨٩٢ وفى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ فى قضية (Mannet) المجموعة من ١١٢٣ .

(٤) حكم المجلس الصادر فى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ فى قضية (Monnot) المجموعة من ١١٢٣ وقد جاء فيه .

«Il appartenait au ministre de fixer par une décision qui pouvait faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat la somme due par le requérant à raison du préjudice subi par l'Etat et d'en prononcer le cas échéant le recouvrement par voie d'arrêtes de débet exécutoires».

الأخرى المنصوص عليها في القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير المقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها - فهذه العقود - وفقا لشرحنا السابق - هي من قبيل عقود القانون الخاص . وقد نصت المادة ٤٨ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ على أنه : « - يجوز أن يحصل ما يستحق للدولة من أجرة أو ثمن وملحقاتهما عن المقارات الخاضعة لأحكام هذا القانون بطريق الحجز الإداري . ويكون لهذه المبالغ امتياز عام على أموال المدين في مرتبة المبالغ المستحقة للخزانة العامة المنصوص عليها في المادة ١١٣٩ من القانون المدني، وسابقة على أي امتياز آخر عدا المصروفات القضائية والضرائب والرسوم » .

وعلى هذا الأساس فانه في غيبة مثل هذا النص بالنسبة الى العقود الادارية ، يصبح من المتعين على الادارة أن تلجأ الى القضاء للحصول على حكم بالتعويض . وهذا ما تفعله الادارة في مصر بكثرة ، لاسيما فيما يتعلق بالعقود الخاصة بالتعهد بالتدريس مدة معينة عقب التخرج من بعض المعاهد الحكومية^(١) .

ولكن مجلس الدولة الفرنسي يجرى على أن الادارة لا تستطيع أن تخصم مبلغ التعويض من مبلغ التأمين المودع لضمان تنفيذ العقد الا اذا كان ثمة نص بهذا المعنى في العقد أو في تشريع من

(١) حكم المحكمة في ٣ مارس سنة ١٩٥٧ ، المجموعة ، السنة ١١ ، ص ٢٣٧ ، وفي ٢٤ فبراير سنة ١٩٥٧ السنة ١١ ، ص ٢٣٢ ، وفي ١٢ مايو سنة ١٩٥٧ ، القضية رقم ١٤٧٢ لسنة ١٠ قضائية ، وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٧ القضية رقم ٨٥٢ السنة ١١ قضائية ، وقضية أخرى في ذات التاريخ السابق ، رقم ٨٧٨ السنة ١١ قضائية . وفي هذه القضية دفع الطالب بانعدام الضرر ، فردت المحكمة مثبتة الضرر الذي يتمثل في عجز عدد المدرسين اللازمين للدولة ، وأخيرا حكمها في ٥ يناير سنة ١٩٥٨ في القضية رقم ١٤٥١ لسنة ١٠ قضائية . ومن قضاء المحكمة الادارية العليا في ذات الموضوع حكمها الصادر في ١٧ مايو سنة ١٩٥٨ (السنة ٣ ص ١٢٥٨) وفي ٢ يناير سنة ١٩٦٠ (السنة ٥ ص ١٢٦) وفي ١٣ مايو سنة ١٩٦١ (السنة ٦ ص ١٠٤٠) .

التشريعات^(١) . وهذا الحكم يطبق فى مصر من باب أولى ، نظرا لأن الادارة عندنا لا تستطيع كما ذكرنا أن تقدر مبلغ التمويض بنفسها ، فمن باب أولى لا تستطيع أن تخصصه من مبلغ التأمين الا بعد صدور حكم من القضاء .

٢- § الفرامات

١- والفرامات «Les pénalités» هى مبالغ اجمالية ، تقدرها الادارة مقدما ، وتنص على توقيمها متى أخل المتعاقد بالتزام معين ، لاسيما فيما يتعلق بالتأخير فى التنفيذ . وهذه الطريقة لا يكاد يخلو منها عقد ادارى ، بل لقد عممتها اللائحة فى مصر بالنسبة الى العقود التى تخضع لأحكامها .

٢- فالمادة ٨١ من اللائحة الجديدة (التى تقابل المادة ٩٣ من اللائحة الملغاة) تلزم الما قول بانهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماما للتسليم المؤقت فى المواعيد المحددة . فاذا تأخر جاز للسلطة المختصة بالاعتماد اذا اقتضت المصلحة العامة أعطته مهلة اضافية لاتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة عن المدة التى يتأخر فيها انهاء العمل بعد الميعاد المحدد الى أن يتم التسليم المؤقت . ولا يدخل فى حساب مدة التأخير مدد التوقف التى يثبت لجهة الادارة نشوؤها عن أسباب قهرتة . ويكون توقيع الفرامة بالنسب والأوضاع التالية :

١٪ عن الأسبوع الأول أو أى جزء منه

٥.١٪ عن الأسبوع الثانى أو أى جزء منه .

٢٪ عن الأسبوع الثالث أو أى جزء منه .

(١) حكمه الصادر فى ١١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ فى قضية «Cie de navig. sud-Atlas» ، وقد سبقت الإشارة اليه ، وفى ٢١ يناير سنة ١٩٤٤ فى قضية «Soc. d'entreprise de constructions» ، المجموعة ص ١٢٣ .

٢٥٪ عن الأسبوع الرابع أو أى جزء منه •

٤٪ عن كل شهر أو جزء منه بعد ذلك بحيث لا يتجاوز مجموع
الغرامة ١٥٪ •

وتحسب الغرامة من قيمة ختامى العملية جميعها اذا رأت جهة
الادارة أن الجزاء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم من العمل بطريق
مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل فى المواعيد المحددة • أما اذا
رأت جهة الادارة أن الجزاء المتأخر لا يسبب شيئاً من ذلك ، فيكون
حساب الغرامة بالنسب والأوضاع من قيمة الأعمال المتأخرة • وتوقع
الغرامة بمجرد حصول التأخير ، ولو لم يترتب عليه أى ضرر ، دون
حاجة الى أى تنبيه أو انذار • ويجب على جهة الادارة أن تراعى
الدقة فى ضرورة وجوب خصم غرامات التأخير قبل الاذن بصرف
مستحقات المفاوض •

فالمادة ٩٢ من اللائحة الجديدة ، والتي تقابل المادة ١٠٥ اللائحة
المنقولة ، تقضى بأنه اذا تأخر المتعهد فى توريد كل الكميات المطلوبة
أو جزء منها فى الميعاد المحدد بالمقدّر - ويدخل فى ذلك الأصناف
المرفوضة - فيجوز للسلطة المختصة بالاعتماد اذا اقتضت المصلحة
العامة اعطائه مهلة اضافية للتوريد على أن توقع عليه غرامة قدرها
١٪ عن كل أسبوع تأخير أو جزء من أسبوع من قيمة الكمية التى
يكون المتعهد قد تأخر فى توريدها بعد أقصى ٤٪ من قيمة الأصناف
المذكورة •

وفى حالة عدم قيام المتعهد بالتوريد فى الميعاد المحدد بالمقدّر
أو خلال المهلة الاضافية فيكون لجهة الادارة أن تتخذ أحد الاجراءين
التاليين وفقاً لما تقتضيه مصلحة العمل :

(١) شراء الاصناف التى لم يقم المتعهد بتوريدها من غيره على
حسابه سواء بالممارسة أو بمناقصات محلية أو عامة أو محدودة
ينفس الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتماقد عليها •
(٢ - ٣٣ العقود الادارية)

ويخصم من التأمين المودع من المتعهد أو من مستحقاته لدى الجهة أو أية جهة إدارية أخرى قيمة الزيادة في الثمن مضافا إليها مصروفات إدارية بواقع ١٠٪ من قيمة الاصناف المشتراة على حسابه وما يستحق من غرامة عن مدة التأخير في التوريد .

أما إذا كان سعر شراء أى صنف يقل عن سعر المتعهد فلا يحق له المطالبة بالفرق ، وهذا لا يمنع من تحصيل قيمة غرامة التأخير المستحقة والمصروفات الإدارية .

(ب) انتهاء التعاقد فيما يختص بهذه الاصناف ومصادرة التأمين بما يوازي ١٠٪ من قيمتها والموصول على جميع ما تستحقه الجهة الإدارية من غرامات أو تعويضات عما يلحق بها من اضرار دون حاجة للالتجاء الى القضاء مع اخطار المتعهد بذلك بكتاب موصى عليه بعلم الوصول . ولا يجوز للجهة الإدارية شراء الاصناف التي ينتهى التعاقد بشأنها فى ذات السنة المالية التى يتم فيها انتهاء التعاقد .

وقد أضافت المادة ٩٣ من ذات اللائحة الى ذلك أنه اذا تأخر المتعهد عن توريد أصناف تعاقد على توريدها الى ما بعد انتهاء السنة المالية المكلف بالتوريد فيها ، فانه يجوز اخطاره بالغاء العقد عن الكمية الباقية وتطبيق أحكام البند (ب) من المادة ٩٢ السابقة ، ما لم تقرر الجهة الإدارية غير ذلك .

٣- والمسلم به فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى أن الادارة تملك توقيع الغرامة بقرار منها ودون حاجة لاثبات الضرر ، بمجرد تحقق المخالفة التى تقرررت الغرامة لمواجهتها^(١) . ولقد رأينا أن مجلس الدولة الفرنسى ، يجرى على اعذار المتعاقد المقصر قبل توقيع الغرامة الا اذا نص على خلاف ذلك . أما فى مصر ، فان المادة ٩٣ من اللائحة الملغاة ، والمادة ٨١ من اللائحة الجديدة قاطعة فى أن الغرامة توقع « لمجرد حصول التأخير ، ولو لم يترتب عليه أى ضرر ، ودون حاجة الى أى تنبيه أو انذار » .

(١) حكم المجلس الصادر فى ٥ مايو سنة ١٩٢٠ فى قضية (Hayem) المجموعة ص ٤٤٣ .

٤ - ويرتب القضاء الإداري في فرنسا على المصدر التعاقدى للقرامات النتائج الآتية :

(أ) أن الأرقام المحددة في العقد (أو اللوائح) لهذه القرامات تفرض على الإدارة ، بحيث لا تستطيع أن تطالب بأكثر منها ، ومن ثم فإنها لا تملك أن تجمع بينها وبين التعويض مثلاً^(١) .

(ب) كما أن التعاقد يلتزم بتلك الأرقام ، فليس له أن ينازع في مدى استحقاق الإدارة لها ، ولا الاحتجاج بأنها لا تتناسب مع الأضرار الحقيقية التي لحقت بالإدارة من جراء المخالفة^(٢) .

(ج) إذا لم يمكن للإدارة الجمع بين الغرامة والتعويض ، فإنها تستطيع أن تجمع بينها وبين الجزاءات التي تستهدف الضغط على المتعاقد «Les Sanctions Coercitives» أو الفسخ^(٣) .

(د) ويسلم مجلس الدولة الفرنسى أخيراً بأن من حق الإدارة أن تتفاضى عن القرامات ، فتوقع غرامة أقل من الغرامة المنصوص

(١) حكم المجلس الصادر في ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ في قضية (Dupont) المجموعة ص ١٠٨٥ وفي ٢٨ مارس سنة ١٩٤٥ في قضية (Clausier) المجموعة ص ٦٨ وفي ٣ مايو سنة ١٩٤٤ في قضية (Roustean) المجموعة ص ١٢٩ وما جاء فيه قول المجلس :

«La ville n'a pas droit à une indemnité distincte des pénalités pour le préjudice qu'ont pu lui causer les infractions dont s'agit».

(٢) حكم المجلس الصادر في ١٤ يونية سنة ١٩٤٤ في قضية (Sekoulounes) المجموعة ص ١٦٩ حيث يقول :

«Cons, qu'aux termes de l'article 15 du cahier des charges la pénalité par journée de retard dans le transport du matériel est contractuellement fixée à ... Je fait que cette somme serait supérieure aux prix du transport, ne peut motiver une réduction de ladite pénalité».

(٣) حكم المجلس الصادر في ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ في قضية «Servettes» المجموعة ص ٨٥٠ ويتعلق بجواز الجمع بين الغرامة والضغط المتمثل في إحلال متعاقد آخر محل المتعاقد المقصر لتنفيذ العقد على حسابه . وحكمه في ١٢ يناير سنة ١٩٣١ في قضية (Charbonnié) المجموعة ص ١٦٣ ، ويتعلق بجواز الجمع بين الغرامة وفسخ العقد .

عليها ، أو تنزل عن الغرامة كلية . كل ذلك بشرط أن تكشف عن إرذلتها صراحة^(١) .

ولكن محكمة المحاسبات في فرنسا ، كثيرا ما انتقدت هذا المسلك ، بحجة أن الغرامات تصبح من حق الدولة بمجرد حدوث المخالفة التي تبرر توقيعها^(٢) .

٥ - ولقد أتيت لكل من محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا أن تتبنى الأحكام التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد ، وذلك على النحو التالي :

أولا - من أحكام محكمة القضاء الإداري :

(أ) حكمها الصادر في ١١ يناير سنة ١٩٥٦ (وهو من الأحكام المفصلة) وقد جاء فيه : « . . لم يغيب عن الفقه الإداري البحث فيما قد يعترض سبيل تنفيذ عقود التوريد من مفاجآت أخصها أن المتعهد لا يقدم في المواعيد المقررة الى جهات الإدارة ما التزم بتقديمه لسير المرفق العام ، أو أنه يقوم بالتقديم في مواعيد غير صالحة لتحقيق الغرض المنشود ، أو أنه عجز عن أداء ما التزم به في العقد . وبالتالي فقد ثار البحث حول الوسائل التي تستطيع الإدارة ان تلجأ اليها لتقهر المتعهد على تنفيذ التزاماته أو لحاسبته على تقصيره ، فأجمع الشراح على أنه اذا نص في عقد التوريد على تاريخ معين لتسليم المواد ، فإن المتعهد يكون في حالة تأخير بعد حلول هذا التاريخ ، واذا نص العقد على فترة معينة من الزمن ، فإنها تبدأ من تاريخ اخطار المتعهد بأن الجهة الإدارية العليا قد اعتمدت التعاقد . واذا انقضت الفترة المذكورة ، أضحي المتعهد في حالة تأخير دون حاجة الى ائذار . ومع ذلك يحسن ائذاره بما تعتمزه جهة الإدارة من

(١) حكم المجلس الصادر في ٥ يوليو سنة ١٩٥٠ في قضية (Sté française de construction) المجموعة ص ٤١٦ .

(٢) مؤلف الفقيه جيز في العقود ، الجزء الأول ص ٢٩٨ . رسالة (Daffaud) بعنوان « الغرامات في عقود التوريد » مقدمة لجامعة باريس سنة ١٩٣١ ، ص ١٠٣ .

توقيع الجزاء عليه ، ففى هذا الاجراء ما قد يحول دون الاستمرار والابطاء . ويجمع الشراح على ضرورة النص على الجزاءات فى بنود العقد ، وعادة ما يكون الجزاء هو الغرامة (une astreinte pecuniaire) تقدر بمبلغ معين عن كل يوم يوصف بالتأخير . وتتميز الغرامة بأنها :

١ - اتفاقية : لأنها تحدد مقدما فى الاتفاق . فاذا لم يكن قد نص عليها فى العقد ، فلا يجوز للادارة أن تسعى الى تطبيقها على المتساقدين . واذا كان التأخير مما يجوز أن يشبه بعالة عدم التنفيذ لأحكام الالتزام ، فان للادارة أن تلجأ الى فسخ العقد ، ومصادرة التأمين ، وتقوم بشراء ما يستلزمه المرفق على المتعهد المقصر .

٢ - وأنها تلقائية : بمعنى أنها تطبق مباشرة دون حاجة من جانب الادارة الى اثبات أن ضررا قد أصابها ، وكذلك لا يمكن رفعها الى فئة أعلى حتى ولو كان الضرر يزيد على قدرها المعين .

٣ - وأنها تطبق بمقتضى قرار ادارى دون حاجة الى الالتجاء الى القضاء للحكم بتوقيع هذا النوع من الجزاء ، وهو اجراء تتميز به العقود الادارية وحدها مما يخرج على ما يجرى عليه العمل فى ميدان القانون الخاص ، حيث يتمين تدخل المحاكم التى تملك الانتقاص من التهديد المالى اذا قدرت أنه مغالى فيه . فجهات الادارة تخرج على هذا النظام عن طريق الغرامة بقرار ادارى منها .

٤ - وأنها تستحق عن التأخير بمجرد انقضاء الفترة المحددة فى العقد ودون حاجة الى التنبيه باستحقاقها ، فهى تختلف بذلك عن وضع الفوائد التى تحصل عن التأخير فى ميدان القانون الخاص ، اذ يتمين الانذار باستحقاقها حتى ولو تضمن العقد شرطا جزائيا عن التأخير . ومن جهة أخرى تجيز مبادئ القانون الادارى خصم الغرامات عن التأخير بواسطة جهة الادارة عند اجراء الحساب الختامى مع المتعهد من المبالغ المستحقة له بمقتضى عقد الالتزام

ثم استطردت المحكمة موضحة الحالات التى يعنى فيها المتعاقد من توقيع غرامات التأخير كلياً أو جزئياً بقولها : « ... ان حالات التأخير فى تنفيذ الإلتزام لا ترجع دائماً وحتماً الى خطأ من جانب المتعهد ، فمن المسلم به فقها وقضاء أن المتعهد يبرأ من كل مسئولية فى حالات أربع : ١ - اذا كانت جهة الادارة هى وحدها التى سببت كل مدة التأخير . ٢ - اذا كان المتعهد ضحية خالصة لقوة قاهرة . ٣ - اذا طلب المتعهد رسمياً مهلة جديدة للتوريد ووافقت الادارة على ذلك دون تحفظ من جانبها . ٤ - اذا قدرت جهة الادارة ظروف المتعهد وقررت اعفاءه من آثار مسئوليته عن التأخير . فكثيراً ما يحدث فى العقود الادارية أن تقوم جهة الادارة بدور فعال فى التعاون مع المتعهد ، وقد لا تكتفى بأن تفصح عن رغباتها ليقوم هو بتنفيذها - بل قد تلتزم أحياناً بأن تقدم له مساعدات أو بيانات فنية ، فاذا تأخرت الادارة فى الوفاء بما التزمت به ، كان عليها أن تراعى ذلك عند توقيع غرامة التأخير ... » (١)

(ب) حكمها الصادر فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٧ حيث تقول : « ... ان غرامة التأخير التى ضمنها الادارة لعقدها الذى أبرمته مع المدعى ... لا يشترط لتوقيعها قيام ضرر يصيب الادارة ، بل ان هذا الضرر مفترض بقرينة قاطعة لا تقبل الدليل العكس ، ذلك أن غرامة التأخير ... هى جزاء ... وليس ثمة ما يمنع من الجمع بين الجزاءات لاختلاف السبب فى توقيع كل منها ، فغرامة التأخير ليست مرتبطة باثبات الضرر الذى يقع من جراء التأخير فى التنفيذ ، بل تعتبر وسيلة للتهديد لمنع التأخير .. وجزاء يوقع بسبب التأخير ... أما الشراء على حساب المتعهد بالتنفيذ المباشر ، فيكون

بعد أن يثبت عجزه عن التوريد (حالة التقصير اليسير) بينما الغام
المقد يكون عن تكرار العجز عن التوريد (التقصير الجسيم) (١) .

ثانيا : من أحكام المحكمة الادارية العليا :

(أ) حكمها الصادر في ٢١ مارس سنة ١٩٧٠ (س ١٥، ص ٢٢٢)
وفيه تضع المبدأ العام حيث تقول : « من المبادئ المسلمة
في فقه القانون الاداري أن غرامات التأخير في العقود الادارية
مقررة ضمنا لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على
حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد . ولذا فإن الغرامات التي
ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الادارة من تلقاء نفسها
دون أن تلتزم باثبات حصول الضرر ، كما لا يقبل ابتداء من المتعاقد
اثبات عدم حصوله » .

ولكن المحكمة استطردت تقول : « من المسلم كذلك أن اقتضاء
الغرامات منوط بتقدير الجهة الادارية المتعاقدة باعتبارها القوامه
على حسن سير المرافق العامة ، والقائمة تبعا لذلك على تنفيذ شروط
العقد . ولذا فلها أن تقدر ظروف المتعاقد ، فتعفيه من تطبيق
الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها بما في ذلك غرامة
التأخير ، اذا هي قدرت أن لذلك محلا . وقياسا على هذا النظر ، فإن
الادارة - اذا أقرت صراحة أو ضمنا - بأنها لم تحرص على تنفيذ
العقد في المواعيد المتفق عليها ، ترتبها على أن تنفيذ العقد في هذه
المواعيد كان غير لازم ، فيعتبر ذلك بمثابة اعفاء ضمنى للمتعاقد من
تنفيذ الغرامة عليه ، مما لا يكون معه محل لتوقيع غرامة التأخير » .

(ب) وفي حكمها الصادر في ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ (س ١٧، ص
٥٧٦) تقول : « ٠٠٠ فمصادرة التأمين في هذه الحالة انما هو جزاء
من قبيل الجزاءات التي تملك الادارة توقيعها على المتعاقد معها عند

(١) القضية رقم ٤١٨٦ لسنة ٩ قضائية ، السيد صلاح الدين جلال ، ضد
وزارة الحربية والبحرية وبذات المعنى حكمها الصادر في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧
(السنة ١٢ ، ١٣ ص ٢٣) .

اخلاله بالتزاماته • ولما كانت هذه الجزاءات لا تستهدف فى الواقع من الأمر تقويم اعوجاج فى تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقدر ما تتوخى تأمين سير المرافق العامة ، فان هذا الجزاء المالى - وهو عبارة عن تعويض جزائى مقدر سلفا باتفاق الطرفين - توقعه جهة الادارة بنفسها ، دون انتظار لحكم القضاء ، وبغير حاجة الى الزامها باثبات أن ضررا ما قد لحقها من جراء اخلال المتعاقد معها بالتزاماته • وبهذا يتميز التعويض المذكور عن التعويض الاتفاقي المنصوص عليه فى القانون المدنى ، وبالتالي فالقول بأن هذا التعويض لا يكون مستحقا اذا ثبت أن جهة الادارة لم يلحقها أى ضرر ، هو قول بعيد عن الصواب فى مجال تطبيق القانون الادارى » •

(ج) كما أكدت المحكمة أنه اذا « ما توقع المتعاقدان فى المقدم الادارى خطأ معيناً ، ووضعاً له جزاء يعينة فانه يجب على الادارة أن تنقيد به » (حكمها فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٧١ س ١٧ ، ص ٩)^(١) وأنه ليس للادارة أن تضيف الى الجزاءات المنصوص عليها لمواجهة خطأ معين ، جزاءات أخرى (حكمها فى ٣ يناير سنة ١٩٧٠ ، ص ١٥ ، ص ٩١) •

ثالثاً - فتاوى قسم الرأى :

ومنها (ا) فتوى القسم رقم ٦٣٧ فى ٢٣/١٠/١٩٥٦^(٢) • فبعد أن حددت الفتوى معيار المقود الادارية على النحو المعروف ، استطردت تقول : « • ان الادارة تسراعى فى الشروط الجزائية المنصوص عليها فى عقد ما ، ملائمتها لطبيعة هذا العقد وقيمتة وموجبات السرعة فى تنفيذه فى وقت وطريقة معينة حتى تكفل

(١) وراجع أيضا حكمها الصادر فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٦٥ (س ١١ ، ص ١٢٨) حيث تقول : « اذا تضمنت شروط المزايدة تعديدا لمقدار الغرامة ••• فان هذا هو الواجب اعماله دون النص الثلاثى وذلك لأنه خاص ، ومن المبادئ المسلم بها ، أن الخامس يقيّد العام ، ولأنه الذى تواضعت عليه اراة الطرفين » •
(٢) مجموعة الأستاذ أبو شادي ، ص ٧٥١ •

انتظام سير المرفق العام - هذا فضلا عن أن المتعاقد مع الادارة يقبل التعاقد وهو عالم مقدما بجميع الشروط والظروف المحيطة بالمقد - وينبنى على ذلك أنه في حالة التأخير في تنفيذ العقود الادارية يكون الضرر مفترضا وقائما حتما بمجرد حصول التأخير لما ينطوى عليه التراخي في تنفيذ هذه العقود - في حد ذاته ، وبفض النظر عما عساه أن يقع من أضرار أخرى - من اخلال بالنظم والترتيبات التي تضمها الادارة ، وتحرص على التزامها ، ومن تعويق ولو جزئي لحسن سير دولا الأعمال الحكومية وتتابع حلقاته وترباطها - وفي ذلك الاخلال وهذا التعويق مساس ولاريب بالصالح العام الذي ينبغى أن يكون دائما محلا للاعتبار في العقود الادارية - ولذلك فلا محل للقول بعدم حصول ضرر في حالة التأخير المشار اليها ، لأن الضرر هنا لا ينحصر في تفويت الفائدة المباشرة التي ينطوى عليها محل العقد ، بل يشمل المساس بأية قاعدة أو نظام وضمته الادارة أو أتفقت عليه بنية تحقيق مصلحة عامة - ومن ثم فإن الجزاءات المالية المنصوص عليها في العقود الادارية نظير التأخير في تنفيذ أحكامها تستحق وتصبح واجبة التوقيع بمجرد التأخير - على أنه اذا قدرت جهة الادارة المختصة أن اعتبارات العدالة أو الصالح العام تقتضى التجاوز عن الغرامة كلها أو جزء منها في هذه الحالة فإنه يتمين عندئذ اتخاذ الاجراءات الواجبة قانونيا للتنازل عن مال مستحق للدولة . . . »

(ب) فتوى القسم رقم ٣٢٣ في ١٠/٥/١٩٥٩ - وقد جاء فيها : « ان غرامة التأخير التي تتضمنها العقود الادارية هي - وفقا للتكييف القانوني الصحيح - صورة من صور التعويض الاتفاقي يرتضيه الطرفان سلفا نظير الضرر الناشئ عن التأخير - الا أنها تتميز عن التعويض الاتفاقي في مجالات القانون الخاص بأحكام خاصة : أهمها أن أحد أركانه وهو الضرر يفترض وقوعه بمجرد حصول التأخير لما ينطوى عليه التراخي في تنفيذ هذه العقود من

إخلال بالنظم والالتزامات التي تضعها الإدارة وتحصر على التزامها ، ولكن الجديدي في هذه الفتوى أنها استطردت قائلة : « ... مع ذلك فإن افتراض وقوع الضرر بمجرد التأخير ليس قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس ، بل يجوز للطرف الآخر المتعاقد مع الإدارة أن يثبت انتفاء الضرر أصلا أو انتفاء ركن الخطأ . ومتى انتفى أحد أركان المسؤولية الموجبة للتعويض فلا مجال عندئذ لاستعمال الحق المخول للإدارة بمقتضى المقد في اقتضاء التعويض لانعدام الأساس القانوني الذي يقوم عليه . ومن ثم ففي مثل هذه الأحوال لا ينطوى الاعفاء من الغرامة على تصرف بالمجان في أموال الدولة » .

ويبدو أن هذه الفتوى قد جانبها التوفيق في خصوص الفقرة القائلة بإمكان إثبات عدم وجود ضرر عن التأخير في التنفيذ ، فإن هذا القول يهدم الفكرة التي يقوم عليها حق توقيع الجزاء المالي من أساسها . ولكن لا شك من ناحية أخرى أنه إذا كان التأخير في التنفيذ يرجع إلى خطأ الإدارة ، فإنها لا تستطيع توقيع العقوبة . وعلى هذا الأساس ، ومن هذا المدخل ، يمكن للإدارة أن تنزل عن الغرامة كلها أو بعضها - كما أكدت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الذي سبقته الإشارة إليه - لأن ذلك يتضمن اعترافا منها - صريحا أو ضمنيا - بأنها كانت السبب في التأخير . أما إذا انتفى كل خطأ من جانب الإدارة ، فإنه لا يقبل من المتعاقد أن يثبت أن التأخير لم يترتب عليه ضرر ، فالقرينة في هذه الحالة تصبح مطلقة وغير قابلة لإثبات العكس . وبمعنى آخر إن دفاع المتعاقد ينحصر في نطاق ركن الخطأ ، لاركن الضرر . وبهذا المعنى صدرت فتوى الجمعية العمومية رقم ٣٨٧ في ١٩٥٩/٥/٣١ حيث تقرر : « ... وإذا كان تأخير الشركة المساهمة المصرية في التوريد نتيجة حتمية لقرار إدارة النقد ، وما يترتب عليه من آثار ، وهو ما يعتبر حادثا قهريا لم يكن في إمكان الشركة توقعه عقلا وقت التعاقد ، فضلا عن أن جهة الإدارة هي دون سواها المسؤولة عن هذا التأخير في اجراءات فتح الاعتماد ، ومن ثم ينتفي الركن الأصيل للمسؤولية الموجبة

للتعويض ، ولا يكون ثمة محل لتوقيع غرامة التأخير على الشركة
٠٠٠ ولا يقتضى هذا اتخاذ اجراءات التنازل عن أموال الدولة طبقا
للقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٨ وانما يكون بقرار من الوزير ^(١) »
وهذا هو المعنى الذى كانت تقرره المادة ١٠٧ من اللائحة الملغاة
حيث تقول : « اذا شكّا المتعهد أو المقاول من توقيع الغرامة عليه وقدم
مستندات تثبت أن التأخير نشأ عن حادث قهرى ، واقتنع بها رئيس
المنطقة أو الفرع أو مدير السلاح أو رئيس المصلحة ، فيمكنه
الموافقة على رفعها اذا لم تزد قيمتها على ٥٠ جنيها بالنسبة الى
المناطق والفروع ، وعلى مائتى جنية بالنسبة الى المصالح أو
الأسلحة ، بشرط أن يعطى اقرارا بأنه لم يلحق بالحكومة ضرر أو
عطل ، بطريقة مباشرة من جراء هذا التأخير ، ويرافق هذا الاقرار
مستندات الصرف . أما زاد على ذلك ، فيكون رفعه من سلطة وكيل
الوزارة المختص لغاية ألف جنية ، وما زاد على ذلك فيكون من سلطة
الوزير » . ولم يرد لهذه المادة مقابل فى اللائحة الجديدة ، وان كان
حكمها يمكن اعماله وفقا للقواعد العامة .

٦ - ولما كانت سلطة الادارة فيما يتعلق بتوقيع الجزاءات المالية
واسعة الى حد كبير - كما رأينا - فان مجلس الدولة الفرنسى يجرى
على أن تلك الجزاءات تفنى الادارة عن الالتجاء الى نظام التهديدات
المالية « l'institution des astreintes » ومن ثم فانه يقرر أنه لا محل
لنظام التهديدات المالية - المعروف فى القانون الخاص - فى نطاق
العقود الادارية ^(٢) .

٧ - ويجب أن يلاحظ ما أفقت به ادارة الفتوى والتشريع لوزارة
التربية والتعليم ^(٣) فى ٦/١٠/١٩٥٨ من أنه لا يجوز توقيع غرامة
التأخير على الهيئات الحكومية اذا تأخرت فى التوريد ، وذلك تأسيسا

(١) مجموعة الأستاذ أبوشادى ، ص ٧٥٣ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٣٣ فى قضية «le loir» منشور
فى مجموعة سيرى ، سنة ١٩٣٣ ، القسم الثالث ص ١٣٢ مع تقرير المفوض . «Detton»
(٣) فتوى رقم ٢٨١٣ فى ٦/١٠/١٩٥٨ ، شرح لائحة المناقصات والمزايدات
العامة للأستاذ حسين درويش ، الطبعة الثانية ، ص ٨٨ الهامش .

على أن قيام هيئة عامة بتوريد مادة الى هيئة أخرى انما يعتبر من قبيل تأدية الخدمات طبقا لما تنص عليه المادة ١٥٤ من اللائحة المالية للميزانية والمسابات . وهذه الفتوى لا تطبق على شركات القطاع العام وجمعياته التى تمارس نشاطها طبقا لقواعد القانون الخاص .

٨ - وللادارة فى سبيل الحصول على المبالغ المستحقة لها أن تستوفىها من التأمين ، أو من المبالغ المستحقة للمتعاقد قبلها عن طريق المقاصة ، بل ووفقا لفتوى الجمعية العمومية الصادرة فى ١٣ يناير لسنة ١٩٦٥ (س ١٩ ، ص ٢١٨) يحق لأى جهة حكومية أن تحصل على مستحقاتها - عن طريق المقاصة - مما يكون مستحقا للمتعاقد ولو كانت الجهة المدينة للمتعاقد ذات شخصية معنوية مستقلة . فقد سمحت لوزارة الحربية أن تحصل على مستحقاتها من المبالغ المستحقة للمقاول قبل الهيئة العامة للبريد بقولها : « انه لا يجوز للمقاول المذكور - والذى تطالب وزارة الحربية بخضم مستحقاتها من المبالغ التى له قبل هيئة البريد - أن يتمسك بالشخصية المعنوية لهذه الهيئة ، لأن هذا الوضع الذى يتمسك به المقاول لا يفيد التنظيم الادارى فى شيء . ومن ثم يجب أن يفض النظر فى هذه الواقعة عن فكرة الشخصية المعنوية المقررة لهيئة البريد ، وتقف الهيئة بالنسبة الى هذه الواقعة مجردة عن شخصيتها المعنوية ! لتعد كسائر المصالح الحكومية . وبهذه المثابة يكون جائزا - وفقا لأحكام لائحة المناقصات والمزايدات - اقتضاء المبلغ المستحق لوزارة الحربية ، بطريق الخصم من مستحقات المقاول قبل هيئة البريد ، دون ما حاجة الى اتباع طريق حجز الملمدين لدى الغير . كذلك ليس لهيئة البريد أن تتمسك فى هذه الواقعة بشخصيتها المعنوية ، لأن تمسكها بهذه الشخصية ليس مقرررا لمصالح التنظيم الادارى فى هذا الخصوص ، وأخذا بفكرة نسبية الشخصية المعنوية للمؤسسات والهيئات العامة » .

وإذا كانت هذه الفتوى لا تعتبر تطبيقاً دقيقاً للمبادئ القانونية التي تقوم عليها فكرة الشخصية المعنوية ، فإنها قد رجحت الاعتبارات العملية المستمدة من فاعلية الإدارة ، والابتعاد عن إجراءات إدارية لا فائدة منها من الناحية العملية ، مادام المتعاقد يستطيع أن يحمي حقوقه عن طريق اللجوء إلى القضاء . ولهذا تدخل المشرع في القانون الجديد رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ونص عليها صراحة في المادة ٢٩ والتي تقضى بأنه « يكون للجهة المتعاقدة في حالة فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد الحق في مصادرة التأمين النهائي والحصول على جميع ما تستحقه من غرامات مما يكون مستحقاً للمتعاقد لديها أو لدى أية جهة إدارية أخرى من مبالغ ، وذلك دون حاجة إلى اتخاذ أى إجراءات قضائية » ويلاحظ أن المشرع قد استعمل صيغة « أى جهة إدارية أخرى » وهى صيغة عامة تشمل جهات الإدارة ذات الشخصية الاعتبارية وغيرها .

الفرع الثانى

وسائل الضغط (Les sanctions coercitives)

١ - تستهدف هذه الجزاءات إرغام المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية ، عن طريق حلول الإدارة محل الملتزم المقصر أو بإحلال غيرها محله ، وذلك لأن أول ما يعنى الإدارة فى هذا المجال هو ضمان تنفيذ العقد . ومن ثم فإن وسائل الضغط توجه بصفة خاصة لتحقيق الغاية السالفة التى يستلزمها «ير المرفق العام بانتظام واستمرار » .

٢ - وللسبب السابق عينة ، تعتبر وسائل الضغط التى تلجأ إليها الإدارة بمثابة جزاءات مؤقتة «des sanctions temporaires» لا تنهى العقد ، ولكنها تكل تنفيذها إلى غير المتعاقد الأصلي ، وعلى مسئولية هذا الأخير . أو كما تقول محكمة القضاء الإدارى فى حكمها الصادر فى ١٧ مارس سنة ١٩٥٧ : (س ١١ ، ص ٢٧٢) « ... والمعقود الإدارى يجب أن تنفذ بدقة ، لأن سير المرافق العامة يقتضى ذلك . ومن وسائل ضغط الإدارة على المتعاقد المقصر أن تحل هى بنفسها

محلّه ، أو أن تعمل على احلال شخص آخر محلّه في تنفيذ الالتزام .
وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن هذا الاجراء لا يتضمن انتهاء
العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر ، بل يظل هذا المتعاقد مسؤولا أمام
جهة الادارة ، وانما تتم العملية لحسابه وعلى مسؤوليته « . »

وبهذا المعنى تقول المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر
في ٩ يونيه سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ١٠٢٤) « ان الشركة وان
كانت قد توقفت عن التنفيذ بنفسها ، الا أن الوزارة قد قامت
بالشراء على حسابها ، ومن مقتضى هذا الشراء على حسابها عدم
انهاء الرابطة التعاقدية ، واستمرار العقد منتجا لآثاره واعتبار
الشركة هي المسؤولة أمام الوزارة عن عملية الشراء . فالشركة من
الناحية القانونية تعتبر قد واصلت التنفيذ فيقع على عاتقها غرامة
التأخير والمصاريف الادارية التي تكبدها الوزارة في عملية الشراء » .

٣ - وتتخذ وسائل الضغط صوراً ثلاث بالنسبة للعقود الادارية
الرئيسية الثلاثة :

(أ) وضع المشروع تحت الحراسة بالنسبة الى عقد الامتياز .

«La mise sous séquestre»

(ب) حلول الادارة محل المتعاقد في عقد الأشغال العامة .

«La mise en régie»

(ج) الشراء على حساب المتعاقد في حالة عقود التوريد .

«Le marché par défaut»

والعادة أن ينص على وسائل الضغط هذه في العقود التي تبرمها
الادارة . ولكن المسلم به في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن الادارة
تملك أن توقع تلك العقوبات حتى ولو لم ينص عليها في العقد^(١) .

(١) حكم المجلس الصادر في ٢٣ يونية سنة ١٩٤٤ «Ville de Toulon»
مجلة القانون العام سنة ١٩٤٥ ، ص ١٠١ مع تقرير «Odent» وقد جاء في ذلك
التقرير قوله :

«Les décisions prononçant le sequestre ou la régie sont légales dès l'instant où
elles sont indispensables pour assurer la continuité du service en cas des défaillances
du concessionnaire; leur justification se trouve dans leur efficacité».

وقد نص المشرع صراحة على وسائل الضغط بالنسبة للمقود الادارية بصفة عامة فى القانون الجديد رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ فى المادتين ٢٨ و ٢٩ منه على النحو التالى مادة ٢٨ : « اذا أخل المتعاقد بأى شرط من شروط العقد كان للجهة المتعاقدة الحق فى فسخ العقد أو فى تنفيذه على حسابه ، ويتقرر الفسخ أو تنفيذ العقد على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصة يعلن للمتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين فى العقد » مادة ٢٩ : « يكون للجهة المتعاقدة فى حالة فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد الحق فى مصادرة التأمين النهائى والحصول على جميع ما تستحقه من غرامات مما يكون مستحقا للمتعاقد لديها أو لدى أية جهة ادارية أخرى من مبالغ ، وذلك دون حاجة الى اتخاذ أى اجراءات قضائية » .

هذا وقد تضمنت لائحة المناقصات والمزايدات القديمة والجديدة بعض صور الضغط التى أشرنا اليها فيما سلف بالنسبة الى عقدى الأشغال العامة والتوريد على النحو التالى :

أولا - بالنسبة الى عقد الأشغال العامة : نصت المادة ٨١ - وقد أوردنا نصها فيما سلف - على حق الادارة فى توقيع الغرامة بمجرد حصول التأخير فى انجاز الأعمال « ولو لم يترتب عليه أى ضرر ، دون حاجة الى أى تنبيه أو انذار^(١) » .

أما فى حالة اخلال المقاول بأى شرط من شروط العقد ، فإن المادة ٨٢ من اللائحة الجديدة قد أوضحت جزاء ذلك تفصيليا حيث تقول : اذا أخل المقاول بأى شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بالقيام بإجراء هذا الاصلاح، كان لرئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص وعلى

(١) واستطردت المادة تقول « ويجب على جهة الادارة أن تترامى الدقة فى ضرورة وجوب خصم غرامات التأخير قبل الاذن بصرف مستحقات المقاول » .

مسئوليته الحق في اتخاذ أحد الاجراءين التاليين وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة :

(أ) فسخ العقد مع مصادرة التأمين النهائي المستحق وقت الفسخ والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الادارية من غرامات أو تعويضات عما يلحقه بها من اضرار .

(ب) سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بطريق المناقصة المحددة أو المناقصة المحلية أو الممارسة في حدود أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة بهذه اللائحة ، وذلك مع مصادرة التأمين النهائي المستحق على المقاول وقت سحب العمل والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الادارية من غرامات وتعويضات واسترداد جميع ما تكبدته من مصروفات وخسائر زيادة على قيمة العقد نتيجة لسحب العمل .

ويكون لجهة الادارة الحق في احتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت وقتية ومبان وآلات وأدوات ومواد خلاوفه دون أن تكون مسئولة قبل المقاول أو غيره عنها وعما يصيبها من تلف أو نقص لأي سبب كان أو دفع أى أجر عنها ، كما يكون لها الحق أيضا في الاحتفاظ بها حتى بعد انتهاء العمل ضمانا لحقوقها ، ولها أن تبيعها دون أدنى مسئولية من جراء البيع .

ثانيا : أما بالنسبة الى عقود التوريد ، فانه وفقا للمادة ٩٢ من اللائحة الجديدة ، يجوز لجهة الادارة المتعاقدة اعطاء المورد مهلة اضافية للتوريد قدرها ١٪ عن كل أسبوع تأخير من قيمة الكمية انتى يكون قد تأخر فى توريدها بحسب أقصى ٤٪ من قيمة الأصناف المذكورة .

فاذا تأخر المورد كان للادارة أن تتخذ أحد اجراءين وفقا لما تقتضيه مصلحة العمل :

(أ) الشراء على حساب المورد المقصر ، وفقا للضوابط التى أوردها المشرع فى الفقرة أ من المادة ٩٢ من اللائحة .

(ب) انتهاء العقد فيما يختص بالأصناف التي لم تورد ، ومصادرة التأمين بما يوازي ١٠٪ من قيمتها ، والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الادارية من غرامات أو تعويضات عما يلحق بها من أضرار دون حاجة للالتجاء الى القضاء . « ولا يجوز للجهة الادارية شراء الأصناف التي ينتهى التعاقد بشأنها فى ذات السنة المالية التى يتم فيها انتهاء التعاقد » .

٤ - والمسلم به أن التجاء الادارة الى وسائل الضغط السابقة لا يكون الا خطأ جسيم «faute grave» يقع فيه التعاقد ، وأن الادارة تستعمل سلطتها تحت رقابة القضاء ، الذى يملك سلطات واسعة فى هذا الصدد ، تتناول جوانب المشروعية والملازمة معا .
وفىما يلى نعرض باختصار لكل نوع من أنواع الضغط الذى تلجأ اليه الادارة .

١ - § وضع المشروع تحت الحراسة

١ - تضع الادارة المرفق المدار بطريق الالتزام تحت الحراسة اذا قصر الملتزم فى تسيير المرفق تقصيرا جسيما . وتضع الادارة المرفق تحت الحراسة أيضا اذا كان ثمة ما يهدده بالتوقف ولو بدون خطأ من الملتزم ، كاضراب لا ذنب له فيه . والمسلم به أن وضع المرفق تحت الحراسة لا يؤدى الى فسخ عقد الامتياز ولا الى اسقاط حقوق الملتزم الأصلية ، وكل ما يترتب عليه هو رفع يد الملتزم مؤقتا عن ادارة المشروع^(١) .

٢ - وحينما تضع الادارة مرفقا ما تحت الحراسة ، فاما أن تديره بنفسها واما أن تمهد بالادارة الى حارس مؤقت تختاره .

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٢٦ فى قضية (Ville de St-Etienne) المجموعة ص ٩١ ، وفى ديسمبر سنة ١٩٣٠ فى قضية (Tramways du Loir-et-Cher) المجموعة ص ١٠٥٧ .

٣ - ولما كانت الحراسة بطبيعتها اجراء مؤقتا ، مصيرها اما الى عودة المرفق الى الملتزم الأصلي ، واما الى سقوط الالتزام وفسخ العقد ؛ ولما كان مجلس الدولة الفرنسي يجسرى على أنه لا يجوز للادارة فسخ عقد الالتزام باجراء من جانبها ، فانه يتعين على الادارة حين تقرر وضع المرفق تحت الحراسة أن تلجأ الى القضاء للحكم بفسخ العقد .

٤ - واذا كانت الحراسة تقتضى رفع يد الملتزم عن ادارة المرفق ، فانه من المتعين أن يفرق بين أسباب وضع المرفق تحت الحراسة ، لتحديد نتائجها فيما يتعلق بالادارة المالية :

(أ) فاذا أعلنت الحراسة كجزاء لتقصير الملتزم ، فانه يتحمل مخاطر الادارة ، بمعنى أن الخسارة تكون على عاتقه^(١) .

(ب) أما اذا أعلنت الحراسة بغير خطأ الملتزم ، لاسيما اذا كان سبب ذلك القوة القاهرة أو خطأ الادارة ، فانه لا يتحمل مخاطر الادارة المالية^(٢) .

٥ - هذه الأحكام التي قررها مجلس الدولة الفرنسي ، تطبق اذا لم ينص العقد أو المشرع على غيرها .

٦ - ونقد سبق لقسم الرأى مجتمعا أن أقر معظم هذه المبادئ في فتواه رقم ٢٤٠ الصادر في ١٩٥٢/٢/٤^(٣) حيث يقول : « ان الحكومة بصفتها مانحة الالتزام لها سلطات عديدة تملك استعمالها في حالة عدم قيام الملتزم بالوفاء بالتزاماته المفروضة عليه بموجب

(١) حكم المجلس الصادر في ٥ مارس سنة ١٩٤٣ في قضية (Ville de Nîmes) مجموعة ص ٥٨ وفي ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ في قضية (Sté. d'assainissement) المجموعة ص ٢٨٧ .

(٢) حكم المجلس الصادر في ١٢ يناير سنة ١٩٠٩ في قضية (Cie des messageries marit. et cie générale trans.) المجموعة ص ١٢٠ وفي ٢٤ يونيو سنة ١٩٢٧ في قضية (Ville de Castelnau-d'Aud) المجموعة ص ٧٠٣ .

(٣) مجموعة الأستاذ أبو شادي ، ص ٧٢ .

المقد ، فلها مثلا أن تنفذ هذه الالتزامات على حسابه كما في حالة عدم قيام الملتزم (شركة سكة حديد الدلتا) بصيانة الخطوط الحديدية وتحسينها على الوجه الذي ترضاه الحكومة ، كما لها أن تتخذ ما تراه من التدابير لضمان سير المرفق في حالة توقف تشغيل الخطوط . وكثير من هذه السلطات المخولة للمانع الالتزام يقتضى استعمالها رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق ، وقيام الحكومة بإدارته بنفسها أو بمن تعينه لذلك . والاجراء الذى تتبعه الحكومة في هذه الحالة ، اذا لم ترد اسقاط الالتزام ، هو أن تضع بقرار منها المرفق تحت الحراسة ، وبه ترفع يد الملتزم عن إدارة المرفق لضمان سيره ميرا منتظما ، ولاصلاح ما تريد اصلاحه من وجهة ، ولاجبار الملتزم على تنفيذ التزاماته من وجهة أخرى »

وقد أقر القضاء الفرنسى حق الحكومة فى وضع المرفق تحت الحراسة فى حالة ارتكاب الملتزم مخالفات جسيمة لشروط الالتزام^(١) .

كما أقر الفقه الفرنسى بهذا الحق للحكومة^(٢)

فالماتفق عليه فى فرنسا - فقها وقضاء - أن للحكومة أن تصدر قرارا اداريا بوضع المرفق تحت الحراسة اذا اختل سيره اختلالا

(١) استشهدت الفتوى بما يلى : « يقول جيزان وضع المرفق تحت الحراسة اجراء الصادر فى ٣ سبتمبر سنة ١٩٣٦ بوضع سكة حديد وتراموايات فاروجات تحت الحراسة لعدم قيامها بدفع الزيادة التى تقررت فى أجور العمال بمقتضى اتفاق يوليو سنة ١٩٣٥ (حكم المجلس فى ٢٢ يونية سنة ١٩٤٤ ، مجموعة ليون سنة ١٩٤٤ جزء ١٤٤ ص ١٨) وبمثل هذا المبدأ أخذ المجلس فى أحكامه الصادرة فى ٣٠ يونية سنة ١٩٢١ (ليون سنة ١٩٢١ ، جزء ٩١ ص ٥٤٠ سنة ١٩٢٧ ، ليون ص ٢٩٣) ، وفى ٥ مارس سنة ١٩٤٣ (ليون ص ٥٨) »

(٢) استشهدت الفتوى بما يلى : « حكم مجلس الدولة الفرنسى بصحة القرار صحيح ، وان الشركة صاحبة الامتياز يجب أن تتحمل جميع تكاليف هذا الاجراء الذى تسببت فيه (مجلة القانون العام ، جزء ٦١ لسنة ١٩٥١ ص ١٠١) ويقول رينييه فى كتابه (تشريع السكك الحديدية الجزء الأول ، ص ١٦٩ و ١٧٠) أنه اذا توقف استغلال المرفق كليا أو جزئيا كان للإدارة أن تتخذ فورا - على نفقة الشركة الملتزمة ومسئولياتها - الاجراءات اللازمة لضمان سير المرفق مؤقتا . وهذا الاستيلاء المؤقت من جانب الدولة على المرفق ، هو وضعه تحت الحراسة - وقد جرى العمل أن يصدر بهذا الاجراء مرسوم »

جزئيا أو كلياً • وتستطيع الحكومة اتخاذ هذا الاجراء ، ولو لم يرد بدفتر الشروط أية اشارة اليه ، اذ أنه اجراء فى المقام الأول من النظام العام ، ويصدر به فى الغالب قرار من الادارة مباشرة •

وهذه الحراسة تتميز بأنها تفترض حتما وقوع خطأ جسيم من جانب الملتزم من شأنه أن يعرض استمرار المرفق أو انتظامه للخطر • وهى اجراء وقتى يصدر من جانب الادارة دون التجاء سابق الى القضاء • ويترتب على هذا الاجراء أن المرفق يدار تحت مسؤولية الملتزم •

ولا يشترط لاستعمال الادارة لهذا الحق توجيه ائذار للملتزم (الا اذا نص على ذلك فى العقد) لأن طبيعة هذا الحق تقتضى أن تمكن الادارة من استعماله فورا دون حاجة الى ائذار ، ومن باب أولى دون الالتجاء الى القضاء^(١) •

أما عن مدة وضع المرفق تحت الحراسة ، فان الادارة هى التى تحددها • واذا كانت هذه المدة محددة فى العقد فليس لهذا التحديد صفة الالزام بالنسبة الى الادارة ، فهى ليست ملزمة بانهاى الحراسة عند انتهاء المدة^(٢) •

فى الحالة المعروضة لا تتقيد الادارة بالمدة المحددة فى المادة ١٥ من دفتر الشروط ، وهى ثلاثة أشهر • واذا ما قدرت وضع المرفق تحت الحراسة ، فانه يكون عليها واجب ادارته • ولها أن تباشر الادارة بواسطة عمالها ، كما أن لها أن تمهد بهذه المهمة الى حارس من بين موظفى الدولة أو من غيرهم ، ويمكن أن يكون من بين عمال الملتزم نفسه ، ويدار المرفق تحت مسؤولية الملتزم الذى يتحمل جميع المصروفات التى يقتضيها سير المرفق ، ويكون للحومة الحق

(١ و ٢) استشهدت الفتوى هنا بمؤلف الفقيه جيز فى المبادئ العامة للقانون الادارى ص ٨٩٥ •

فى القيام بالأعمال التى قصر الملتزم فى انجازها ، وكان واجبا عليه أن يقوم بها ، كما يكون لها حق تحصيل الرسم الذى كان يتقاضاه الملتزم من الجمهور ، والاستيلاء على إيرادات المرفق ، وتعتبر هذه الإيرادات من الأموال العامة ، فلا يجوز حجزها بناء على طلب دائنى الملتزم^(١) .

٢ - سحب العمل من المقاول

أولا - رأينا فيما سبق أن المشرع قد نص على هذا الحق للإدارة فى كل من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية . فالمادة ٢٨ من القانون قد أوردت الجزاء العام الذى يطبق فى حالة اخلال المتعاقد بالتزاماته ، وخولت الإدارة أحد حقين حسبما تراه محققا للمصلحة العامة ، وهما : فسخ العقد أو التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر .

وقد أعاد المشرع تفصيل هذا المبدأ العام بالنسبة لعقود الأشغال فى المادة ٨٢ من اللائحة التنفيذية الجديدة ، والتى أوردنا أحكامها فيما سلف . وقد خولت هذه المادة جهة الإدارة إذا اختارت فسخ العقد ، مصادرة التأمين النهائى المستحق وقت فسخ العقد والحصول على جميع ما تستحقه من غرامات أو تعويضات عما يلحقها من أضرار . أما إذا اختارت التنفيذ على حسابها فقد خولها المشرع اختيار طريق التعاقد المناسب ، سواء بطريق المناقصة العامة ، أو المناقصة المحدودة أو المناقصة المحلية أو الممارسة ، وذلك مع مصادرة التأمين النهائى المستحق على المقاول وقت سحب العمل ، والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الإدارية من غرامات

(١) استشهدت الفتوى هنا بمقال للفقير جيز فى مجلة القانون العام لسنة ١٩٢٥ ، جزء ٥٢ ص ٨٣ .

وفى الموضوع انتهت الفتوى الى أنه : « يكون للحكومة أن تقرر وضع سكة حديد الدلتا تحت الحراسة للمدة التى تحددها ، متى ثبت لها أنها قد ارتكبت مخالفات جسيمة لعقد الامتياز . ولما كان العقد المبرم مع شركة حديد الدلتا قد أبرم بينها وبين وزير الأشغال العمومية بتفويض من مجلس الوزراء ، فإن وضع المرفق تحت الحراسة يكون بقرار من هذا المجلس » .

وتعويضات ، واسترداد جميع ما تكبدته من مصروفات وخسائر
زيادة على قيمة العقد نتيجة لسحب العمل .

وقد خول المشرع فى ذات المادة جهة الادارة الحق فى احتجاز كل
أوبعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت وقتية ، ومبان ، والات ،
وأدوات ، ومواد وخلافه دون أن تكون مسئولة قبل المقاول أو
غيره عنها وعما يصيبها من تلف أو نقص لأى سبب كان ، أو دفع أى
أجر عنها ، كما يكون لها الحق أيضا فى الاحتفاظ بها حتى بعد انتهاء
العمل ، ضمانا لحقوقها ، بل وخولها المشرع حقا خطيرا ، وهو بيع
الأدوات المشار إليها « دون أدنى مسئولية من جراء البيع » .

وكان يقابل المادة ٨٢ من اللائحة الجديدة ، المادة ٩٤ من
اللائحة الملغاة ، والتي التزمت صياغة مغايرة ، فقد ذكرت خمس
حالات يترتب على خطأ الملتزم فيها حق الادارة فى سحب العمل منه
وهى : ١ - التأخير فى بدأ التنفيذ أو البطء فيه بدرجة كبيرة .
٢ - التوقف عن العمل مدة ١٥ يوما . ٣ - ترك العمل كلية أو
الانسحاب منه . ٤ - اخلال المتعاقد بالتزاماته ، ورفضه اصلاح
خطئه خلال ١٥ يوما من تاريخ اخطاره . ٥ - اذا كان للادارة الحق
فى فسخ العقد نتيجة لتواجد المقاول فى احدى الحالات المنصوص
عليها فى المادة ٨٥ من اللائحة ، وهى استعمال الفس أو التلاعب ،
أو الشروع فى الرشوة ، أو الافلاس أو الاعسار .

كما أن المادة ٥٣ من ذات اللائحة كانت تنص على أنه اذا لم يتم
مقدم العطاء الذى اختير بتقديم التأمين النهائى خلال المدد المنصوص
عليها ، فإن للادارة « أن تلغى العقد وتصادر التأمين المؤقت^(١) »
(وهذه الحالة لا تعني هنا) « أو أن تنفذه كله أو بعضه على حساب
صاحبه بمعرفة تلك الجهة أو بواسطة أحد مقدمى العطاءات التالية
لعطائه أو الممارسة أو بمناقصة عامة أو محلية ... » .

(١) وذلك مع مراعاة ما ورد فى المادة ٧٦ من ذات اللائحة من جواز قبول التأمين
رغم التأخر بشروط خاصة .

ولقد كان نص المادة ٩٤ من اللائحة الملقاة يثير تساؤلا عما اذا كانت الحالات التي وردت في المادة ٩٤ (أو في غيرها) قد ذكرت على سبيل الحصر ، بمعنى أن الإدارة لا تستطيع أن تسحب العمل من المكاوول الا في الحالات التي ذكرتها النصوص صراحة . وكان رأينا أن هذا التفسير لا يمكن التسليم به ، لأن الواقع أن وسائل الضبط التي تلجأ إليها الإدارة ، إنما تستمدّها من طبيعة المقد الادارى وصلته بالمرافق العامة ، ومقتضيات سير تلك المرافق . ومن ثم فأننا لم نتردد في توكيد حق الإدارة في سحب العمل من المكاوول في كل حالة يخطئ فيها ، وترى أن هذا السحب ضرورى لتحقيق الصالح العام . وهذا المعنى واضح من الفقرة الرابعة من المادة ٩٤ ، فإنها في حقيقتها تجعل التعداد الوارد بالمادة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر .

ولكن ذكر حالات معينة في النصوص ، مع تخويل الإدارة حق سحب العمل من المكاوول اذا تواجد فيها ، له فائدة أساسية ، تتعلق بمدى رقابة القضاء . ففي هذه الحالات ليس للقاضي أن يتدخل للحكم على مدى ملائمة السحب للخطأ ما دام أن ذلك الخطأ من بين الأخطاء التي تبرر السحب في نظر المشرع . أما في الحالات غير المنصوص عليها ، فإن للإدارة أن تسحب العمل ، ولكن يكون للقضاء في هذه الحالات الحكم على مدى ملائمة السحب للأخطاء المنسوبة الى المكاوول . لكل هذا فإن المشرع في اللائحة الجديدة قد سلك سبيل التعميم ، فترك الأمر لترخص جهة الإدارة ، تحت رقابة القضاء الادارى وهو مسلك يتسم بالمرونة .

ثانيا - ما الذى يترتب على السحب من آثار ؟ سحب العمل من المكاوول ليس الا اجراء تمهيدى ، يعقبه اجراء آخر . وقد واجهت المادة ٩٤ من اللائحة الملقاة ، والمادة ٨٧ من اللائحة الجديدة الاحتمالات التى تعقب السحب ، فأجازت للإدارة أن تقوم بأحد التصرفات الآتية :

١ - أن تقوم بنفسها على حساب المفاوض بتنفيذ الأعمال التي لم تتم كلها أو بعضها .

٢ - أن تطرح في المناقصة من جديد الأعمال التي لم تتم كلها أو بعضها .

٣ - أن تتفق مع أحد المفاوضين بطريق الممارسة لاتمام العمل .
وفي جميع الحالات يكون لجهة الادارة حق حجز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت ومبان وآلات وأدوات ... الخ
لستعمله في اتمام العمل ، وليكون ضمانا لحقوقها قبل المفاوض .

وواضح مما تقدم ، أن الاجراءات التي نصت عليها المادة السابقة ، لا تنهى العقد ، بل ان العقد الأصلي يبقى ، وينفذ على حساب المفاوض الأصلي ، ويتحمل مخاطره . وكانت اللائحة القديمة تنص على أن الادارة اذا نفذت العملية بنفسها ، وأسفرت عن كسب ، فان المفاوض لا يحق له أن يطالب « بأى وفر يتحقق » فكان هذه الفقرة قد تضمنت عقوبة تكميلية لتقصير المفاوض في تنفيذ التزاماته . ووفقا لقواعد التفسير السليمة فانه لا يمكن اعمال هذا الحكم ، ما دام المشرع قد أغفل النص عليه في اللائحة الجديدة .

ويجوز الجمع بطبيعة الحال بين وسائل الضغط والعقوبات الأخرى التي لا تتنافى مع طبيعتها . ومن ذلك حق الادارة في توقيع الغرامات المالية ، ثم التنفيذ على حساب المفاوض . ولكن لا يجوز للادارة أن تجمع بين وسائل الضغط وبين الغاء العقد ، لأن وسائل الضغط تستهدف اجبار المتعاقد على أن ينفذ التزاماته . فاذا ألغت الادارة العقد ، فانه لا معنى للالتجاء الى وسائل الضغط . وسوف نرى أن القضاء الادارى المصرى قد قرر هذه المبادئ فيما يتعلق بعقد التوريد ، ولكنها تصدق أيضا على غيره من العقود .

ووفقا لحكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ١١ ديسمبر سنة ١٩٦٥ (ص ١١ ، ص ١٢٨) اذا قامت الادارة بالتنفيذ على حساب

المقاول المقصر ، فانها « تكون ملزمة بنفس شروط الزيادة الأولى ومدتها عدا السعر الذى تحدده الزيادة الثانية ، لأنها فى ذلك تقوم بدور الوكيل ، فتلتزم بما نص عليه فى المادة ٧٠٤ من القانون المدنى من أن تبذل فى هذه الوكالة العناية التى تبذلها فى أعمالها الخاصة . فاذا ما تجاوزت شروط الزيادة الأولى بخمسة عشر يوما فلا تحسب هذه الزيادة تأخيرا عليه » .

ثالثا - لا يجوز للادارة أن توقع عقوبة السحب ، وما يترتب عليها من آثار ، الا اذا أخطأ المقاول ، بمخالفته لنص صريح فى العقد أو لروح العقد على الأقل . ولقد وجدنا تطبيقا طريفا لهذه الحالة فى حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ ، والذى تتخلص ظروفه فيما يلى : تصاقت وزارة الشئون البلدية والقروية مع أحد المقاولين بقصد حفر بئر ارتوازي لتزويد أهالى بمض المناطق بالمياه العذبة الصالحة للشرب . ولما بدأ المتعاقد فى تنفيذ العمل ، فوجيء بطبقة صخرية على بعد ٣٣ مترا من سطح الأرض . ولما كانت شروط المناقصة غير واضحة ، ولا تبين كيفية التنفيذ وتفاصيله ، فقد اضطرت المحكمة الى أن تلجأ الى تفسير العقد على ضوء باقى شروطه ، وموقف الادارة من المتعاقد عندما بدأ التنفيذ . ذلك أن المتعاقد حينما بدأ التنفيذ فوجيء فى أول مرة بطبقة صخرية . ولما تظلم للادارة من ذلك ، دفعت له تكاليف الحفر ، وسمحت له بتغيير موقع البئر . ولما غيره ، فوجيء بالطبقة الصخرية مرة أخرى . ولما تظلم للادارة مرة ثانية سلمت الجهات الفنية بأن البئر يحتاج الى آلات حديثة ليست فى حوزة المقاول ، وبالتالي أرست الادارة العملية على غيره ، وصاشرت التأمين وأصدرت قرارا بحجز الآلات الموجود بموقع العمل . فلما رفع الدعوى ، قضت المحكمة بأنه « ... قد ظهرت ارادة المصلحة ونيتها بصورة واضحة من أن موضوع العقد لم يكن ينصرف الى الحفر فى الصخر ... ومن حيث انه ترتيبا على ما تقدم ، لم يكن يجوز للحكومة ما دام لتوقف المدعى عن العمل ما يبرره قانونيا طبقا لما اشتمل عليه العقد من نصوص وما انصرفت

اليه نية الطرفين المتعاقدين عند إبرام العقد مما يعتبر داخلا في نطاقه ، ما كان يجوز للحكومة أن تقوم بمصادرة التأمين ٠٠ ومن ثم فما دام المدعى لم يتخلف عن تنفيذ العقد حسبما سبق ايضاحه ، فلا سند اذا للحكومة في الاستيلاء على هذا التأمين ومصادرته بدعوى توقييع غرامة ، أو استحقاقا لتعويض مما يتعين معه الحكم برد التعويض المذكور .

« ومن حيث انه عن طلب المدعى الغاء قرار استيلاء الحكومة على ادواته ومهمات ٠٠٠ مع تسليمها اليه ، فمن الواضح أن الاجراء الذى اتخذته الحكومة فى هذا الخصوص انما يكون عند توقف المفاوض عن العمل بلا مبرر قانونيا ، ومناطه عدم تعطيل تنفيذ العقد بأن تقوم المصلحة باستعمال تلك الأدوات والمهات فى انهاء العمل صيانة للصالح العام ، ومن حيث انه متى ثبت أن التوقف عن العمل كان له ما يسانهه قانونيا ، فلم يعد هناك أساس شرعى لتطبيق ذلك الاجراء . هذا فضلا عن أن شرط حجز الأدوات هو لاستعمالها فى اتمام العمل ، ولم يظهر من الأوراق ما يدل على أن المصلحة استعملت هذ الأدوات فى انجاز العمل^(١) » .

٣ - § الشراء على حساب المتعاقد المقصر

١ - وتستعمل وسيلة الضغط هذه فى مواجهة المتعاقدين المقصرين فى عقود التوريد عادة . وقد نص عليها فى المادة ٩٢ من اللائحة الجديدة ، فى فقرتها الثانية حيث تنص على أنه فى حالة عدم قيام المتعهد بالتوريد فى الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الإضافية فيكون لجهة الادارة أن تتخذ أحد الاجرائين التاليين وفقا لما تقتضيه مصلحة العمل : أ - شراء الأصناف التى لم يقم المتعهد بتوريدها من غيره على حسابه ، سواء بالممارسة أو بمناقصات محلية أو عامة

(١) القضية رقم ٢٨٤ لسنة ٨ قضائية ، السيد فتحي عباس الفيارى ضد وزارة الشؤون البلدية والقروية ومصلحة الجارى . وقد نشر ملخص مختل للحكم فى مجموعة أحكام المحكمة السنة ١١ ، ص ١٠٤ .

أو محدودة بنفس الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها .
ويخصم من التأمين المودع من المتعهد أو من مستحقته لدى الجهة أو
أية جهة إدارية أخرى قيمة الزيادة في الثمن ، مضافا إليها مصروفات
إدارية بواقع ١٠٪ من قيمة الأصناف المشتراة على حسابه ،
وما يستحق من غرامة مدة التأخير في التوريد . أما إذا كان سعر
شراء أى صنف يقل عن سعر المتعهد ، فلا يحق له المطالبة بالفرق ،
وهذا لا يمنع من تحصيل قيمة غرامة التأخير المستحقة والمصروفات
الإدارية . ب - انتهاء العقد .

وكان يقابل هذه المادة ، المادة ١٠٥ من اللائحة الملغاة ، وكانت
تتضمن ذات الأحكام تقريبا .

٢ - ويتبين من هذا النص أن الشراء على حساب المورد المتأخر
إنما يكون جزاء على تأخره في التوريد عن المدد المحددة بالمقد ،
فلا إدارة في هذه الحالة ، إذا رأت ألا ضرر من ذلك ، أن تمنحه مهلة
إضافية للتوريد مع توقيع غرامات التأخير المنصوص عليها ، ولها
أن تلجأ إلى الطريقة الثانية وهي الشراء على حسابه إذا رأت أن
صالح المرفق يقتضى هذا الاجراء .

وهنا أيضا للإدارة أن تشتري بنفسها أو عن طريق متعهد آخر
تختاره بمناقصة محلية أو عامة . وإذا كانت هذه الطريقة لا تؤدي
إلى فسخ العقد الأصلي ، فإن الشراء في جميع الحالات يتم على حساب
المتعهد المقصر ، كما أن الشراء على حسابه ، لا يعفيه من توقيع
غرامات التأخير المنصوص عليها ، بل وحتم النص أن يخصم منه أيضا
مصروفات إدارية بواقع ١٠٪ (وكانت اللائحة الملغاة تكتفى ب ٥٪)
من قيمة الأصناف المشتراة على حسابه . وأجازت المادة خصم فرق
الزيادة في الثمن والمصاريف الإدارية (هذا فضلا عن غرامة التأخير)
من التأمين المودع منه أو من مستحقته لدى جهة الإدارة المتعاقدة أو
أية جهة إدارية أخرى .

٣ - وإذا أرادت الإدارة الشراء على حساب المورد المقصر ، فيتمين عليها ألا تنهى الرابطة التعاقدية . وهذا واضح من صياغة المادتين ١٠٥ الملفاة ، والمادة ٩٢ من اللائحة الجديدة ، فكلاهما تحت اتخاذ أحد اجراءين في مواجهة المورد المقصر : اما الشراء على حسابه وفقا للأحكام السابقة واما انتهاء التعاقد ، مع مصادرة التأمين بما يوازي ١٠٪ من قيمة الأصناف المتأخرة أو المرفوضة . وذلك لأن طبيعة وسيلة الضغط اجبار المتعاقد المقصر على تنفيذ التزامه - كما ذكرنا - وهذا لا يتصور الا اذا كانت الرابطة التعاقدية ما تزال قائمة . وقد أخذت محكمة القضاء الإداري بذات المبدأ فيما يتعلق بعدم جواز الجمع بين وسائل الضغط (الشراء على حساب المتهمد المقصر) وبين انتهاء الرابطة التعاقدية كجزء لعدم دفع التأمين النهائي ، حيث تقول في حكمها الصادر في ١٣ يناير سنة ١٩٥٧ : « ومن حيث ان عدم دفع التأمين النهائي في الميعاد يترتب عليه حق الإدارة في توقيع جزاءات وردت في البند الثلاثين من المادة ١٣٧ من لائحة المخازن والمشتريات » ومن حيث ان هذا النص سالف الذكر يتضمن جزاءين : أولهما «حجب قبول العطاء ومصادرة التأمين ، وثانيهما : الشراء على حساب المتعاقد المتخلف عن دفع التأمين النهائي » ولما كان الجزاء الأول معناه انتهاء الرابطة العقدية ، ويترتب عليه انعدام العقد انعداما يستنفذ أثره فيعتبر كأن لم يكن ، وكان الجزاء الثاني لا يتضمن انتهاء للعقد بالنسبة للمتعاقد المقصر ، بل يظل هو المسئول أمام جهة الإدارة ، وتتم عملية الشراء لحسابه وتحت مسؤوليته المالية ، ولذلك لا يمكن توقيعه الا مع قيام الرابطة العقدية ، لما كان الأمر كذلك ، فانه لا يجوز الجمع بين هذين الجزاءين في وقت واحد ، لأن الجمع بينهما يعنى انعدام العقد واعتباره كأن لم يكن ثم استمراره في نفس الوقت منتجا لآثار معينة وهو ما لا يمكن التسليم به . » (١)

(١) القضية رقم ٤٩٣ لسنة ٦ قضائية ، السيد محمد السيد المنياوي ضد وزارة الشؤون الاجتماعية ونشر ملخصه في مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ١١ ص ١٤١ . =

ولكن جهة الادارة فى شرائها على حساب المتعاقدين المقصر تكون بمثابة الوكيل عنه فى هذا الشأن ، فتلتزم - طبقا لحكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٥٨ (السنتان ١٢ و ١٣ ص ١١٢) - بما نص عليه فى المادة ٧٠٤ من القانون المدنى من أن تبذل فى تنفيذ هذه الوكالة العناية التى تبذلها فى أعمالها الخاصة . فاذا تسببت الحكومة بتصرفها فى زيادة الأعباء فان المتعاقدين لا يتحمل الا الفرق الذى يرجع الى خطئه .

كما أن المحكمة الادارية العليا قد أقرت ذات المبادئ . ومن ذلك حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦١ (السنة ٧ ص ١٠٢) حيث تقول : « لئن كان التنفيذ عينا فى المعاملات المدنية لا يتم الا عن طريق القضاء ، فانه فى العقود الادارية يكون تنفيذ الالتزام عينا بواسطة الادارة تقوم به بنفسها ، وعلى حساب المتعاقدين معها وتحت مسؤوليته ، فالشراء على حساب المتعهد المقصر فى تنفيذ تعهده ، والزامه بفرق السعر ليس عقوبة توقع على المتعهد ، وانما هو تطبيق لقاعدة تنفيذ الالتزام عينا تقوم به الادارة بنفسها عند اخلال المتعاقدين معها بتعهدهم ضمانا لحسن سير المرافق العامة واطراد سيرها ، ومنما من تعطيلها بما قد يعرض المصلحة العامة للضرر اذا توقفت هذه

= ولما كانت صياغة البند الثامن والعشرين من المادة ٢٧ من لائحة المخازن والمشتريات غير قاطعة فى ابراز المعنى السابق ، فقد ردت عليها المحكمة ، وفسرتها بما يجعلها متمشية مع المعنى الذى حددته بقولها : « ... ومن ثم ترى المحكمة أن التفسير الصحيح للنص سالف الذكر هو أن المشرع عند صياغته لم يقصد من كلمة « كما » (الواردة فى النص) أن تفيد ما يفيد حرف « الواو » باعتباره من حروف العطف لطلق الجمع بين المعلوم والمعلوم عليه ، وانما قصد بها أن تفيد معنى التخيير بكلمة « أو » وأن يكون لجهة الادارة أن تختار بين واحد من هذين الجزأين لا أن تجمع بينهما حتى لا تتمدد الجزاءات من فعل واحد ... » وما يلاحظ فى هذا الشأن أن المادة ٥٣ من لائحة المناقصات والمزايدات الملغاة ، قد كشفت عنها المحكمة . فقد نصت تلك لائحة صراحة على أن عدم دفع التأمين النهائى يخول الادارة « ... أن تلغى العقد وتصادر التأمين المؤقت أو أن تنفذه كله أو بمقتضى على حساب صاحبه بمعرفة تلك الجهة أو بواسطة أحد مقدمى العطاءات التالية لعطائه أو بالممارسة أو بمناقصة عامة أو محلية ... » .

وبذات المعنى راجع حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٩ يونية سنة ١٩٦٢ . السنة ٢ ص ١٢٤ وقد سبق الاشارة اليه . وقد تضمنت لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة ذات الصياغة السابقة كما رأينا .

المرافق « . ثم استطردت المحكمة ، توضيح حدود هذا التنفيذ على حساب المتعاقد ، بقولها : « وانه وان لم يكن لجهة الادارة - وهي تبأشر على حساب المتعهد المقصر شراء الأصناف التي قصر المتعهد في توريدها - أن تشتري أصنافا غير الأصناف المتعاقد عليها ، الا أن المغايرة هنا تقتضي شيئا من الايضاح فليس لها أن تشتري سيارات اذا كان التعاقد على دراجات أو تشتري سيارات نقل اذا كان التعاقد على سيارات ركوب . . . وهكذا ، وتنتفي المغايرة اذا كان الاختلاف في جودة الصنف زيادة أو نقصا ، اذا تمذر المصوّل على ذات الصنف المتعاقد عليه ، كما لو كان مما يصنمه المتعهد ، فلا يوجد عند غيره ، أو يكون قد نفذ من السوق ، فليس ثمة ما يمنع جهة الادارة من أن تشتري على حساب المتعهد ما يماثل الصنف المتعاقد عليه ، وان اختلف عنه جودة زيادة أو نقصا ، وتحاسبه على فرق السعر وفرق الجودة ان كان ، باعتبار أن هذين المنصرين يمثلان الضرر الذي لحق - على سبيل التعيين - بالمصلحة العامة بالاضافة الى غرامة التأخير التي ينص عليها العقد^(١) » .

وفي حكمها الصادر في ١٧ مارس سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٤٥٩) تقرر أنه « . . . اذا اشترت الادارة على حساب المتعهد المقصر ، فانه يسأل بصفة مطلقة عن فروق الأسعار . ومطابقة الأصناف المشتراء على حساب المتعهد المقصر لمواصفات الأصناف المتعاقد عليها ، ليست التزاما على الادارة لمصلحة المتعهد بحيث لا يصح الشراء الا اذا راعته ، وانما هي حق للادارة تستأديه لمصلحة المرفق العام . ومن ثم فانها تملك التنازل عن هذا الحق اذا كان التنازل لمصلحة المرفق العام ، كان يمتنع العثور في السوق على أصناف مطابقة للمواصفات المتعاقد عليها وكانت الأصناف الأقل جودة في السوق صالحة للاستعمال ، ويمكن أن تسد حاجة المرفق العام . . . »^(٢) .

(١) وبنفس المعنى ، حكمها الصادر في ٩ يونية سنة ١٩٦٢ ، السنة ٧ ص ١٠٢٤ .

(٢) واستطردت الحكم قائلا : « ففي مثل هذه الحالة ، تملك الادارة التنازل عن حقها في اقتضاء المطابقة في المواصفات ، ويصح لها الشراء على حساب المتعهد =

والتنفيذ على حساب المتعهد المقصر ، لا يعد بذاته عقوبة توقع عليه ، وانما هو تطبيق لقاعدة تنفيذ الالتزام عيناً تقوم به الادارة عند امتناع المتعاقد عن تنفيذ الالتزام واخلاله به « ولا يتأتى ذلك الا عن طريق الابقاء على العلاقة المقدية بين الادارة والمتعاقد معها ، بحيث تحل الادارة محل المتعاقد معها فيما لم ينفذ من العقد على حسابه وتحت مسؤوليته ، والزامة بما قد يطرأ على تنفيذ العملية عن فروق فى الأسعار أو المصروفات التى يتكبدها نتيجة التنفيذ على الحساب . ويترتب على ذلك أن يكون المتعهد المقصر مسؤولاً عن نتائج العملية التى تنفذ على حسابه ، فيما عدا النتائج التى تعود الى خطأ الادارة : »

٤ - ولكن الادارة اذا نفذت الشراء على حساب المتعهد المقصر ، فلا ضير عليها بعد ذلك فى أن تنهى العقد . وقد أعلنت محكمة القضاء الادارى هذا المبدأ فى حكمها الصادر فى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ والذى تتلخص ظروفه فى أن سلاح خدمة الجيش كان قد تعاقد مع أحد الأفراد على توريد كمية من المكرونة ، فتأخر فى التوريد بحجة أن المصنع الذى يتعامل معه قد تعطلت آلاته . فاشتريت الادارة على حسابه الكمية المتبقية ، ثم فسخت عقده ووقعت عليه غرامة التأخير . ولما احتج المتعاقد بتعدد الجزاءات ، وأن الادارة يكفيها الشراء على حسابه ، ردت المحكمة قائلة : « . . وليس ثمة ما يمنع الجمع بين الجزاءات لاختلاف السبب فى توقيع كل منها ، فغرامة التأخير . . . تعتبر وسيلة لمنع التأخير فى التوريد وجزاء يوقع بسبب التأخير فى التوريد . أما الشراء على حساب المتعهد بالتنفيذ المباشر فيكون بعد أن يثبت عجزه عن التوريد » .

= المقصر من الأصناف الأقل جودة ، إذ أن تسير المرفق العام فى أية صورة خير من تعطيله . فإذا كان الثابت أن المسامير المطابقة للمواصفات المتعاقد عليها نفذت من السوق وقت الشراء على حساب المدعى مما اضطر الهيئة المدعى عليها الى شراء الأصناف المحلية التى وان كانت أقل جودة الا أنها صالحة للاستعمال ، فإن المدعى لما تقدم يكون مسؤولاً عن فرق السعر وملحقاته عن المصاريف الادارية ، كما يكون مسؤولاً عن غرامة التأخير طبقاً للعقد والتى يجوز الجمع بينهما وبين الشراء على حساب المتعهد المقصر » .

أما بخصوص فسخ الإدارة للعقد بعد تنفيذ الشراء على حساب المتعهد المقصر ، فقد قالت بشأنه ، ان تصرف الإدارة سليم « ٠٠ ما دام أن مباشرة السلاح لأصل حقه في التنفيذ المباشر كان في وقت يتمتع فيه بهذا الحق » (١) .

كما أن المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٩ يناير سنة ١٩٧١ (س ١٦ ، ص ١٣) أجازت الجمع بين العقوبات وفسخ العقد في قضية تتلخص ظروفها فيما يلي : نص في أحد عقود التوريد على حق الإدارة في فسخ العقد ومصادرة التأمين اذا خالف المتعاقد شروط العقد ثلاث مرات خلال ثلاثين يوما . فلما بدأ المتعاقد في ارتكاب المخالفات نفذت العقد على حسابه ، حتى اذا تكاملت المخالفات ثلاث مرات خلال ثلاثين يوما فسخت العقد وصادرت التأمين ، فقررت المحكمة الإدارية العليا سلامة موقف الإدارة من هذه الجزاءات حيث تقول : « ٠٠ ان طبيعة حق وكيل الوزارة في فسخ العقد ومصادرة التأمين تقتضى بالضرورة سبق اخلال المتعاقد مع الإدارة بشروط العقد عددا معيناً من المرات في أمد معين . ولا يسوغ أن تقف الإدارة حيال هذا الاخلال المتكرر لشروط العقد ، وأثناء تنفيذه موقفا سلبيا ، فلا تقوم بشراء الأصناف المطلوبة على حساب المقصر وما يستتبه ذلك بحكم اللزوم من توقييع الجزاءات المترتبة عليه ، انتظارا لتوافر الشروط المبررة لفسخ العقد ومصادرة التأمين ، لا يسوغ ذلك ، لأنه فضلا عن مخالفته لنصوص العقد ، فانه من شأنه التضحية بالمصلحة العامة التي تتطلب وجوب السير في تنفيذ العقد دون توقف »

وهذه الحالة بخلاف حالة توقع خطأ معين ، وتحديد مبلغ اتفاقي

(١) وكانت إدارة سلاح خدمة الجيش قد نفذت على حساب المتعهد في يوم ٢٦ يونية سنة ١٩٥٤ ثم ألغت العقد في اليوم التالي (٢٧ يونية ١٩٥٤) وتم التوريد ، (أى تنفيذ الشراء على حساب المتعهد المقصر) بعد هذا التأخير .
القضية رقم ٤١٨٦ لسنة ٩ قضائية ، السيد صلاح الدين جلال ضد وزارة الحربية - مجموعة أحكام المحكمة ، السنتان ١٢ و ١٣ ص ٢٣ .

لمواجهته فان على الادارة أن تقنع بهذا الجزاء الاتفاقى كما أوردنا فى حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٨ أبريل سنة ١٩٦٧ (سبق) .

هذا وقد قررت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٦ يناير سنة ١٩٨٢ (مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ٢٧ ص ٢٣٦) أن من حق المورد الذى تقرر الادارة شطب اسمه من سجل الموردين أن يطعن فى هذا القرار فى أى وقت « ما ظل قائما ومستمرا فى انتاج آثاره » .

الفرع الثالث

فسخ العقد (Les sanctions résolutoires)

يستهدف هذا الجزاء انهاء الرابطة التعاقدية ، وبالتالي فانه يفترض أن المتعاقد قد أخطأ خطأ جسيما (particulièrement grave) ولا تلجأ الادارة الى هذا الجزاء الا مضطرة ، وإذا وجدت أنه لا فائدة ترجى من تقويم المتعاقد (ultima ratio)

وإذا كان جزاء الفسخ على مسئولية المتعاقد (resiliation aux torts du cocontractant) يتناول جميع العقود الادارية ، دون حاجة الى نص ، فإن مجلس الدولة الفرنسى يميز فى هذا الصدد بين عقد الامتياز ، وسائر العقود الادارية .

١ - § الفسخ فى حالة عقد الامتياز

١ - يستعمل مجلس الدولة الفرنسى هنا عادة اصطلاح اسقاط الالتزام (La déchéance du concessionnaire) أما فى العقود الأخرى فيستعمل اصطلاح « الفسخ » (resiliation) . والمادة أن تتضمن عقود الامتياز شروطا مفصلة تبين الحالات التى يكون للادارة فيها حق فسخ عقد الامتياز كعقوبة . ولكن المسلم به أن حق الادارة فى توقيع هذا الجزاء معترف به حتى ولو لم ينص عليه فى العقد . غير أن للنص (م ٢٥ - العقود الادارية)

عليه في العقد فائدة كبيرة ، اذ تستطيع الادارة - بمقتضى نص صريح في العقد - أن تحتفظ بحق توقيع جزاء الفسخ بنفسها ، دون حاجة للتجاء الى القاضي ، كما هي القاعدة في غير تلك الحالة .

٢ - ولما كان فسخ عقد الامتياز يتضمن خطورة بالغة بالنسبة الى الملتزم الذي يتكلف عادة مبالغ طائلة في سبيل اعداد المرفق ، وتهنته لأداء الخدمة المنوطة به ، فان مجلس الدولة الفرنسي يحيط حق الفسخ أو الاسقاط في هذه الحالة بقيود شديدة يمكن أن نجعلها فيما يلي :

أولاً - يجب أن يرتكب الملتزم خطأ بالغ الجسامة (une faute très grave) لا تجدى في مواجهته وسائل الضغط التي تتمتع بها الادارة^(١) . والى هذا المعنى أشارت محكمة القضاء الادارى المصرية في حكمها الصادر في ٣ مارس سنة ١٩٥٧ حيث تقول « ... واذا كان «حب الالتزام» ... يعتبر جزاء شديدا لما يترتب عليه من نتائج خطيرة ، فان التجاء الادارة اليه لا يكون الا في أحوال المخالفات الجسيمة أو عندما يتكرر الاهمال الفاحش من جانب الملتزم أو يعجز عن تسيير المرفق العام وأداء الخدمات المطلوبة ... »^(٢) . كما أن الجمعية العمومية للقسم الاستشاري تؤكد ذات المعنى في فتاواها الصادرة في فبراير سنة ١٩٥٨ (سبقت) حيث تقول : « ان اسقاط

(١) جاء في تقرير المفوض «Remieu» بمناسبة حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٣١ مايو سنة ١٩٠٧ في قضية «Deplanques» (وقد سبقت الإشارة الى) قوله بهذا الخصوص :

«La déchéance est une mesure tellement grave que l'on devra hésiter d'y avoir recours. Elle pourra dans bien des cas constituer une sanction trop radicale trop sévère pour le concessionnaire, trop gênante pour la puissance publique qui n'a aucune envie ni de voir le service public désorganisé, ni d'en assurer la direction».

وراجع تعليق البيير على حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٢ أبريل سنة ١٩٣٥ في قضية «St. rurale de distribution électrique» مجموعة سيري ، سنة ١٩٣٥ ، القسم الثالث ، ص ١٢٥ .
(٢) السنة ١١ ، ص ٢٣٩ .

الامتياز ما هو الا جزاء توقعه السلطة مانحة الالتزام على الملتزم نتيجة لأخطاء جسيمة اقترفها في ادارته للمرفق بحيث يصبح من المتعذر الاطمئنان الى استمراره في ادارة المرفق وتسييره «^(١)» .

ولأجل هذا يجرى مجلس الدولة الفرنسي على أن ينعت الخطأ المبرر لجزاء الاسقاط بنعوت مميزة ومن ذلك مثلا قوله « ان الخطأ على درجة خاصة من الجسامه »^(٢) (d'une particulière gravité) أو أن الملتزم « ... قد دأب على مخالفة التنظيمات الفنية والمالية للمرفق المدار عن طريق الالتزام »^(٣) .

«Méconnaissance systématique de ses obligations par le concessionnaire dans l'organisation technique et financière du service concédé.

ومن ثم فان مجلس الدولة الفرنسي كثيرا ما يفرض الحكم باسقاط الالتزام رغم ثبوت خطأ الملتزم وتقصيره اذا رأى أن الخطأ لا يتلاءم وقدوة الجزاء . ففي بعض أحكامه مثلا يقرر أن الخطأ الذي تطلب الادارة توقيع جزاء الاسقاط من أجله ، قد يبرر وضع الالتزام تحت الحراسة ، ولكنه لا يبرر فسخ العقد^(٤) .

ولا تقف سلطة مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد عند حالة الفسخ الذي يتعين أن ينطلق به القاضي ، بل انه يراقب مدى ملائمة

(١) كما تقرر في فتاواها الصادرة في ٢٨/١/١٩٥٢ ، مجموعة الأستاذ سمير أبو شادي السابقة ص ٧٠ : « ان للادارة بما لها من رقابة واشراف على سير المرفق اسقاط الالتزام كجزاء على اخلال الملتزم بما يفرضه عليه عقد الامتياز من التزامات . والذي يبين مما استقرت عليه أحكام مجلس الدولة في فرنسا ، أن اسقاط الالتزام هو جزاء متملق بالنظام العام ، يكون للادارة الاجراء اليه حتى ولو لم يرد عليه نص في عقد الالتزام كلما وقعت من الملتزم أخطاء جسيمة في ادارة المرفق ، وأن هذا جائز حتى لا يتعطل سير المرفق اذا تخلف الملتزم عن تنفيذ الزامات جوهرية أخرى كالوفاء بالتزاماته المالية قبل الحكومة » .

(٢) حكمه في ١٣ يونيو سنة ١٩٤٢ في قضية «Nouvelle Société fermière de Luxemil. المجموعة من ٢٥٩ .

(٣) حكمه في ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٧ في قضية «Société des eaux d'Yperle. المجموعة من ٢٨٩ .

(٤) حكمه الصادر في ١٠ أغسطس سنة ١٩٢٣ في قضية «Société d'éclairage de la ville d'Orléans. المجموعة من ٦٨٢ .

جزاء الاسقاط لمسامة المخالفة في حالة ما اذا احتفظ العقد للادارة صراحة بحق توقيع جزاء الفسخ دون حاجة للاستجاء الى القضاء ، ولا يكون ذلك الا بناء عن طعن من المتعاقد بطبيعة الحال^(١) .

ومن الأخطاء التي تبرر الفسخ في نظر مجلس الدولة الفرنسي وقف استغلال المرفق أو توقف الاستغلال في فترات متلاحقة^(٢) ومنها أيضا التنازل عن العقد دون موافقة الادارة على النحو الذي رأيناه فيما سلف ، وعدم احترام الملتزم للاوامر التي تصدر من الادارة بخصوص ادارة المرفق^(٣) ، وعدم وفائه بالتزاماته المالية قبل الادارة^(٤) . . . الخ .

ثانيا : اعدار الملتزم (La mise en demeure préalable) يجب على الادارة قبل توقيع جزاء الفسخ ، أن تعذر الملتزم ، وغالبا ما تنص وثائق الالتزام على هذا الشرط ، ولكن مجلس الدولة الفرنسي يجعل منه شرطاً أساسياً للقضاء بالفسخ ، حتى ولو خلا العقد من النص عليه ، بحيث لا تتحرر الادارة منه الا بناء على شرط صريح في العقد^(٥) أو اذا ثبت من ظروف الحال أن الاعدار لا فائدة منه ، كما لو أعلن الملتزم نفسه عجزه التام عن ادارة المرفق^(٦) .

(١) حكم المجلس الصادر في ٢ مايو سنة ١٨٩٢ في قضية «Tessier» المجموعة ص ٤٩١ مع تقرير روميو ، وتقدير نفس المفوض في حكم المجلس الصادر في ٢٠ يناير سنة ١٩٠٥ في قضية «Cie departementale des eaux» وقد سبقنا الإشارة اليه .

(٢) حكمه في ٢١ مارس سنة ١٩٠٢ في قضية «Chambon» المجموعة ص ٢٤٤ وفي ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٧ في قضية «Société L'Energie industrielle» المجموعة ص ١٠٦٢ .

(٣) حكمه الصادر في ٨ مارس سنة ١٩٢٩ في قضية «Berthod» المجموعة ص ١٤٧ .

(٤) حكم المجلس الصادر في ١٠ يوليو سنة ١٩٢٥ في قضية «Bisley» ص ٢٩٠ ، وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ في قضية «Cie fermière de Leuchon» المجموعة ص ١١٦٩ .

(٥) حكم المجلس الصادر في ٢١ يناير سنة ١٩٤٤ في قضية «Léoni» مجلة القانون العام سنة ١٩٤٥ ص ٢٨٤ .

(٦) حكم المجلس الصادر في ٢١ مارس سنة ١٩٥٢ في قضية «Chambon» المجموعة ص ٢٤٤ .

ثالثا : يتعين أن يحكم القاضى بالفسخ : وهذه التخصيصة يتفرّد بها عقد الامتياز ، على خلاف القاعدة العامة والتي تقضى بحق الادارة فى توقيع الجزاءات بنفسها دون حاجة للتجاء الى القضاء .

ولكن للادارة أن تستردّ حقها فى هذا الصدد عن طريق شرط صريح يرد فى عقد الامتياز^(١) . وفى هذه الحالة يكون من حق القاضى أن يحكم بالغاء قرار الفسخ (أو الاسقاط) الصادر من الادارة بطريقة غير سليمة وبالتمييز عنه اذا ترتب على القرار اضرار^(٢) .

ولم نجد قضاء لمجلس الدولة المصرى فى خصوص الشرطين الأخيرين .

٣ - ويترتّب على صدور قرار الفسخ (أو الاسقاط) نهاية العقد . وبهذا يختلف الاسقاط عن وضع المرفق تحت الحراسة . ونهاية العقد لا تعنى بالضرورة نهاية المرفق العام ، بل للادارة كامل السلطة فى أن تعمل على استمرار المرفق العام اما بأن تديره بنفسها أو بأن تمهد الى ملتزم آخر بتلك الادارة ، مع تحميل الملتزم القديم كافة النفقات التى تترتّب على تغيير طريقة الادارة . وهكذا يمكن الجمع بين العقوبات الأخرى ، كالجزاءات المالية التى تتمثل فى فقدان الضمان المالى ، وفى جواز المطالبة بتعويضات عما يترتّب على الفسخ من آثار .

ويرجع عادة الى شروط العقد لتصنيف الآثار المالية المترتبة على اسقاط الالتزام . وقد أتيح لقسم الرأى مجتمعا أن يصدر فتوى بهذا الخصوص فى ٢ مارس سنة ١٩٥٤ ضمنها بعض المبادئ التى تحكم الآثار المالية لعملية الاسقاط بقوله : « ... اسقاط الالتزام

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤٤ فى قضية «Ville d'Avallon» المجموعة ص ٢٩٤ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٤ يونية سنة ١٩٣٩ فى قضية «Genthéron» المجموعة ص ٢٩٥ .

يؤثر على قيام حق السلطة الادارية فى تعديل شروط الالتزام اذا قدرت فى الفترة ما بين الاسقاط وبين الاعلان عن المزايدة أن انتظام المرفق وحسن سيره تحت ادارة الملتزم الجديد يتطلب ادخال تعديل على الشروط التى يمنح الالتزام على مقتضاها . فاذا ترتب على هذا التمديل مساس بحقوق الملتزم القديم كان على الحكومة تمويضه عن نتائج ذلك . وتطبيقا لهذه القواعد ، فانه اذا كانت حقوق الملتزم القديم تنحصر فى الحصول على قيمة مهمات المرفق وأدواته التى تعدد بالاتفاق بينه وبين الحكومة أو بمعرفة الخبراء ، مما يترتب عليه أن التمييز الذى يحصل عليه الملتزم القديم نتيجة لاسقاط حقه فى الالتزام واولولة معدات المرفق وأدواته الى الملتزم الجديد لا تتوقف قيمته على نتيجة المزايدة بل يحدد مقدما بالاتفاق أو بمعرفة الخبراء ، فان المفروض ألا يؤدى تعديل شروط الالتزام الى مساس مباشر بحقوق الملتزم القديم ، ولكنه قد يؤدى أحيانا الى الاضرار بمصالح الملتزم القديم بطريق غير مباشر ، كما لو كان من شأن الشروط المعدلة احجام المتزايدين عن عرض الثمن الذى قدرت به مهمات الملتزم القديم وأدواته بما يؤدى الى فشل المزايدة ، ففي هذه الحالة يكون للملتزم القديم الحق فى التمييز المناسب .

« ان الملتزم الجديد الذى يردو عليه المزايدة انما يعرض ثمنه مقابل حق استغلال المرفق كحق معنوى قائم بذاته ، ولكنه لا يلزم بدفع ديون الملتزم القديم الذى يكون لأصحابها الرجوع بها عليه بكافة الطرق القانونية بما فى ذلك المجرى على نصيبه من الثمن الذى يردو به المزايدة . »

« ولما كان الأصل أن الحكومة هى التى تتولى ادارة المرافق العامة ، الا اذا رأت أن تمهد الى ملتزم بإدارتها نيابة عنها ، فانه مما لا شك فيه أن الحكومة تملك فى أى وقت اعفاء الملتزم من مهمته لتتولى هى بنفسها ادارة المرفق . وتطبيقا لهذا الأصل يكون للسلطة مانحة الالتزام دائما استرداد المرفق أثناء قيام الالتزام ، ولو لم ينص على

ذلك في العقد ، لأن حقها في ذلك متضمن بالنظام العام ، ولا يختلف الأمر بعد اسقاط الالتزام عنه في أثناء قيامه ، فلا تلتزم الحكومة بأن تبيع المرفق في مزايده عامة لتعين ملتزم جديد ، بل يكون لها أن تقرر ادارته بطريق الريجي رجوعا منها الى الطريقة الأصلية في ادارة المرافق العامة . وفي هذه الحالة تقدر قيمة التعويض الذي يستحقه الملتزم القديم مقابل الخطوط والمهمات والأدوات بالاتفاق أو بمعرفة القضاء . . . » (١) .

وفي فتوى القسم الصادرة في ٢٨ يناير سنة ١٩٥٣ (٢) ، يقرر المجلس ، أن للادارة قبل أن تلجأ الى عقوبة الاسقاط ، « أن تتخذ من الاجراءات الوقتية ما يكفل استمرار سيره (المرفق) وذلك لحساب الملتزم وتحت مسؤوليته . فان استطاع الملتزم أثناء المدة التي تستمر فيها هذه الاجراءات الوقتية اثبات قدرته على اعادة تسيير المرفق كان بها ، ولا حق للادارة اسقاط الالتزام لانهاى حق الملتزم في الاستغلال ثم عرض المرفق وادارته في المزايدة تمهيدا لمنح حق الاستغلال الى ملتزم جديد » . ثم انتهى القسم الى تفصيل فتواه على النحو الآتي :

١ - ان للحكومة اذا شاعت أن تقرر اسقاط التزام منح لشركة تدوير مرفقا عاما ، ومصادرة التأمين المدفوع منها ، ويكون ذلك بقرار من مجلس الوزراء ، وذلك دون حاجة الى اعداد سابق .

٢ - بعد أن يتقرر اسقاط الالتزام تعلن الحكومة عن مزايدة عامة لبيع المرفق ومعداته وادارته وفقا لأحكام عقد الالتزام تمهيدا لاختيار ملتزم جديد ، وتشمل المزايدة حق استغلال المرفق في ذاته .

٣ - اذا رأت الحكومة بعد الاسقاط أن المصلحة العامة تقتضى استمرار سير المرفق أثناء المدة التي تستغرقها اجراءات المزايدة ، فتكون ادارة المرفق في هذه الحالة بمعرفة وعلى حسابها وتحت

(١) فتوى قسم الرأي مجتمعا رقم ٧٧ الصادرة في ٢ مارس سنة ١٩٥٤ ، مجموعة فتاوى المجلس ، السنة الثامنة وستتصف التاسعة ، ص ٥٣ .
(٢) مجموعة الأستاذ أبو شادي ، ص ٧٠ .

مسئوليتها لحين اتمام المزايدة ، ولها أن تستخدم لهذا الغرض جميع موجودات المرفق » .

على أننا نضيف الى هذه الاحتمالات ، حق الادارة فى أن تدير المرفق بنفسها مباشرة ، سواء عن طريق المركزية الادارية بالمحاقه بوزارة من الوزارات ، أو عن طريق اللامركزية الادارية بتحويله الى هيئة عامة . والأسقاط بهذا المعنى - كما تقول الجمعية العمومية للمقسم الاستشارى فى فتاها الصادرة فى فبراير سنة ١٩٥٨^(١) : « لا يعنى حل الشركة التى تقوم بإدارة المرفق وانقضاء شخصيتها المعنوية ، وكل ما يعنيه هو أقصاؤها عن ادارة المرفق الذى كانت تديره لحسابها ، وتحت مسئوليتها، نظرا لما ثبت من عجزها عن ادارته على وجه يحقق الصالح العام » وقد رتب الفتوى على ذلك نتيجة بالغة الأهمية ، وهى بقاء الذمة المالية للشركة ، « ومن ثم لا يستطيع دائنو الشركة أن يطالبوا غيرها بديونهم ، أو يستوفوا حقوقهم من غير ما لها ، لأن مخاطرة ادارة المرفق تقع على عاتق الشركة التى منحت امتيازها ، وعليها وحدها أن تتحمل النتائج المترتبة على هذا الاسقاط » .

ولما كان الإسقاط يتم كعمقوبة توقع على الملتزم ، فإنه يتم بلا تعويض . وبهذا يختلف عن الاسترداد « rachats » والذى سوف نعرض له فيما بعد ، اذ يصحبه تعويض دائما .

٤ - والمسلم به فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، أن سلطات القاضى - سواء فيما يتعلق بوسائل الضغط التى تلجأ اليها الادارة فى مواجهة الملتزم أو فيما يخص عقوبة الفسخ - هى سلطات واسعة ، لا فيما يتعلق بمدى الرقابة التى ييسطها على العمقوبة من حيث المشروعية والملازمة فحسب ، ولكن من حيث الحكم الذى يملك أن ينطق به فى مواجهة الادارة . فالقاضى الادارى فى فرنسا - كما هو الحال فى مصر - يستطيع دائما ، وفى جميع الحالات ، أن يحكم

(١) سبقت الإشارة الى هذه الفتوى .

على الادارة بالتعويض اذا ما سببت بتصرفها المييب ضررا للمتعاقد ، ولكن فى مجال عقود الامتياز يستطيع القاضى ايضا أن يحكم بالفاء القرارات الادارية الصادرة بالعقوبة اذا ما قدر أنها غير مشروعة أو غير ملائمة لجسامة الخطأ . وقضاؤه مستقر فى هذا المعنى^(١) .

٢ - § الفسخ فى حالة العقود الأخرى

١ - نص كل من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ، ولائحته التنفيذية على حالات كثيرة يحق للادارة فيها أن تفسخ العقد بمجرد قرار يصدر منها وذلك على النحو التالى :

أولا : من الحالات التى أجاز فيها القانون فسخ العقد بمجرد قرار من الادارة :

١ - المادة ٢٤ من القانون والتى تخول الادارة هذا الحق اذا لم يقم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائى الواجب ايداعه فى المدة المحددة .

٢ - المادة ٢٧ من القانون والتى توجب فسخ العقد ومصادرة التأمين فى ثلاث حالات هى : (أ) استعمال الفس أو التلاعب . (ب) الشروع فى رشوة أحد الموظفين . (ج) الافلاس أو الاعسار .

٣ - المادة ٢٨ من القانون ، والتى تخول الادارة فسخ العقد اذا أخل المتعاقد بأى شرط من شروط العقد .

ثانيا : ومن الحالات التى أجازت فيها اللائحة التنفيذية فسخ العقد بقرار من الادارة أيضا :

١ - المادة ٧٤ وقد أشارت الى الحكم المقرر فى المادة ٢٨ من القانون .

(١) راجع حكم المجلس الرئيسى فى هذا الصدد والصادر فى ٣١ مايو سنة ١٩٥٧ فى قضية «Deplanque» وقد سبقت الإشارة اليه . وراجع حكمه الصادر فى ١٩ أكتوبر سنة ١٩٢٦ فى قضية «Ville de st. Etienne» المجموعة ص ٩١١ ، وفى ٢١ يناير سنة ١٩٤٤ فى قضية «Sté d'entreprises» المجموعة ص ٢٣ . =

٢ - المادة ٧٦ من اللائحة والتي تجيز للإدارة فسخ العقد اذا توفى المتعهد أو المقاول .

٣ - المادة ٨٢ من اللائحة والتي تجيز للسلطة المختصة فسخ العقد اذا أخل المقاول بأى شرط من شروط العقد أو أغفل الوفاء بأحد التزاماته المقررة بشرط اخطاره بخطاب موصى عليه بمعلم الوصول ومنحه مهلة خمسة عشر يوما لاصلاح خطئه .

٤ - الفقرة ب من المادة ٩٢ من اللائحة والتي تقرر هذا الجزاء فى حالة تأخر المتعاقد فى توريد الأصناف التى تعاقد على توريدها .

٥ - والمسلم به - وفقا للمبادئ الأساسية فى العقود الادارية - أن تلك الحالات قد وردت على سبيل التمثيل لاعلى سبيل الحصر ، لأن للإدارة حقا أصيلا فى فسخ العقود الادارية اذا أخل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية ، اخلا لا يستلزم هذه العقوبة الصارمة . وهنا أيضا يتطلب مجلس الدولة الفرنسى الشروط التالية للسماح بتوقيع عقوبة الفسخ :

(١) الخطأ الجسيم (une faute grave) : وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسى خطأ جسيما يبرر الفسخ ، اهمال المتعاقد للأعمال أو وقف التوريد^(١) والتنازل عن العقد أو التعاقد بشأنه دون اذن سابق من الادارة^(٢) والتجاء المتعهد الى الفسخ^(٣) ، أو تسليمه بضائع

= ويستطيع مجلس الدولة الفرنسى أن يجمع بطبيعة الحال ، بين الافلام والتويض . راجع على سبيل المثال حكمه الصادر فى ١٤ يونية سنة ١٩٣٩ فى قضية «Gautheron» المجموعة ص ٣٩٥ .

(١) حكمه الصادر فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ فى قضية «Lorfeld» المجموعة ص ٩٩١ ، وفى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٥٢ فى قضية «Macquart» المجموعة ص ٥٢٧ .

(٢) حكمه فى ٢٣ يناير سنة ١٩٥٢ فى قضية «Compagne» مجلة القانون العام سنة ٦٩٥٢ ، ص ٥٢٧ .

(٣) حكمه فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ فى قضية «Monnot» المجموعة ص ١١٣٤ .

ردائة^(١) ، أو امتناع المتعاقد عن تنفيذ الأوامر التي تصدرها الادارة اليه^(٢) . . . الخ .

ومما يلاحظ في هذا الصدد ، أنه اذا قرر المشرع جزاء الفسخ خطأ معين ، فليس للقضاء أن يعقب على ذلك . وبالتالي فان الحالات التي ذكرها القانون أو اللائحة — والتي تقرر فيها الفسخ كجزاء وجوبى أو اختياري للادارة — تكون بمنجاة من رقابة القضاء من حيث الملازمة لا المشروعية بطبيعة الحال^(٣)

(ب) ويشترط مجلس الدولة الفرنسى هنا الاعذار أيضا قبل توقيع جزاء الفسخ^(٤) ، الا اذا نص العقد على خلاف ذلك^(٥) . أو اذا كانت عقوبة الفسخ نتيجة لاجراء من اجراءات الضبط ، وكان هذا الاجراء الأخير قد سبقه اعذار بطبيعة الحال^(٦) .

أما في مصر فان المشرع لم يجعل الاعذار وجوبيا في جميع الحالات .

٣ — والفسخ هنا يوقع بقرار من جانب الادارة ، دون حاجة الى الالتجاء الى القضاء ، بعكس ما ذكرناه فى خصوص عقد الامتياز . وهذا المعنى واضح فى جميع النصوص التى ذكرناها ، والتى أوردتها القانون أو لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة .

٤ — ورقابة القاضى هنا أيضا واسعة ، تشمل مشروعية العقوبة وملاءمتها خطأ المتعاقد . ولكن ما مدى سلطاته فى مواجهة الادارة ؟

(١) حكمه فى ٤ مايو سنة ١٩٢٨ فى قضية «Champion» المجموعة ص ٥٥٩ .
(٢) حكمه فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٩ فى قضية «Ville de Bordeaux» المجموعة ص ٧٥٩ .

(٣) حكمه فى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٣٥ فى قضية «Pasquelino» المجموعة ص ٩٥٢ .
(٤) حكم المجلس الصادر فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٢ فى قضية «Bouysey» ص ٩١٢ . وفى ٢٣ يناير سنة ١٩٥٢ فى قضية «Commune de Saint-Remy» المجموعة ص ٤٩ .

(٥) حكم المجلس فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٢ فى قضية «Bouysey» المجموعة ص ١٢١٦ .

(٦) حكم المجلس فى ٢٦ مايو سنة ١٩٣٠ فى قضية «Thibon» المجموعة ص ٥٧٢ .

رأينا أن سلطات مجلس الدولة في مجال عقود الامتياز تشمل الالغاء والتعويض معا . ولكن مجلس الدولة الفرنسى وقف هنا موقفاً وسطاً فيما يتعلق بعقد الأشغال العامة على الأقل ، فهو يجرى في خصوصه على الاكتفاء بالحكم بالتعويض اذا وقعت الادارة عقوبة غير سليمة على المفاوض في مجال وسائل الضغط والفسخ ، بمعنى أنه اذا لمبات الادارة الى اجراء من هذين الاجراءين ، فان مجلس الدولة الفرنسى يعتبره نهائياً ، ولكنه يعرض عنه . وقضاؤه في هذا الصدد مستقر . نذكر منه على سبيل المثال حكمه الصادر في ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٤ في قضية «Pio»^(١) وقد جاء فيه :

«Le juge de contestations relatives aux travaux public n'a pas le pouvoir de prononcer l'annulation des mesures prises par le maître de l'ouvrage envers l'entrepreneurs ; il lui appartient seulement de rechercher si ces actes sont intervenus dans des conditions de nature à ouvrir au profit de celui-ci un droit à indemnités».

ولعل تمييز مجلس الدولة الفرنسى بين عقد الامتياز من ناحية ، وبين عقد الأشغال العامة من ناحية أخرى ، يرجع الى ضخامة الأموال التى تنفق في حالة عقد الامتياز كما ذكرنا ، والى أن عقد الامتياز يخول الملتزم سلطات خاصة فيما يتعلق بالمرفق العام ، تجعله جديراً بالرعاية . ولكن الواقع أن الاعتبارات السابقة قد تصدق على المفاوض في الأشغال العامة ، فمن يتقدم لإنشاء كوبرى على النيل ، أو سد ضخم أو توليد الكهرباء من سد مقام فعلاً . . . الخ لا يقل من حيث درجة صلته بالمرفق العامة والصالح العام ، عن ملتزم توريد المياه أو النور أو تسيير عدد من سيارات الأتوبيس ! ولهذا فأننا نعتقد أن قضاء مجلس الدولة السابق ، ان هو الا مرحلة من مراحل تطوره .

وعلى أية حال ، فأننا لم نجد قضاء لمجلس الدولة المصرى في هذا الصدد ، وان كان حكمه الصادر في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (في

(١) المجموعة ص ٦٩ ، ومن أحكامه القديمة حكمه الصادر في ١٩ مايو سنة ١٩٠٥ في قضية «Zottiers» المجموعة ص ٤٤٤٧ ، وفي ٢٧ يناير سنة ١٩٢٣ في قضية «de loir» المجموعة ص ٦٦ .

القضية رقم ٢٨٤ لسنة ٨ قضائية وقد سبقت الاشارة اليها) قد
ألغى قرارات تتعلق بمصادرة التأمين المقدم من المقاول ، كما أنه
حكم بإلغاء القرار الصادر من الادارة بالاستيلاء على أدوات المقاول
ومهامه الموجودة بمحل العمل وهو وسيلة من وسائل الضغط لا شك
فيها . ونحن لا نحبذ التفرقة التي يسير عليها مجلس الدولة الفرنسي
في التمييز بين عقد الامتياز وسائر العقود ، ونفضل التسوية بين
جميع العقود الادارية في هذا الصدد . وهو ما يميل اليه حكم مجلس
الدولة المصري السابق .

٥ - وفسخ العقد يترتب عليه انتهاء الرابطة العقدية بين الادارة
والمتعاقدين . ولكن مجلس الدولة الفرنسي يميز بين نوعين من
الفسخ :

أولا - الفسخ المجرد : (La résiliation aux torts pure et simple)
وهنا تنتهي الرابطة التعاقدية ، ويكون للادارة توقيع غرامات
التأخير ، أو المطالبة بالتعويضات عن الأضرار التي تلحق الادارة
نتيجة لفسخ العقد خطأ المتعاقدين .

ثانيا - الفسخ على مسئولية المتعاقدين (La résiliation aux torts et risques du cocontractant)
ونتائج هذا النوع من الفسخ أشد
وأقسى من النوع الأول ، لأن الادارة لا تكتفي بالتعويض عن فسخ
العقد الأول ولكنها تحمل المتعاقدين نتائج العقد الجديد .

ويكون الفسخ في هذه الصورة ، مصحوبا بإعادة طرح الأشغال
في مناقصة عامة على حساب المقاول المقصر في عقد الأشغال
العامة (Résiliation du marché de travaux publics avec réadjudication la folle enchère de l'entrepreneur)
ويجرى مجلس الدولة الفرنسي
في هذه الحالة على عدم السماح بالالتجاء الى هذه الصورة الا اذا نص
عليها في العقد أو في دفتر الشروط^(١) .

(١) حكم المجلس الصادر في ٥ يونية سنة ١٩٥٠ في قضية «Sté française de constructions» المجموعة من ٤١٦ . وفي هذه القضية كان دفتر الشروط ينص
على الفسخ المجرد في حالة الافلاس ، فلجأت الادارة الى وسيلة الفسخ على مسئولية =

ولما كان موقف الما قول فى هذه الصورة لا يمكن أن يتضح الا بعد معرفة نتيجة المناقصة الجديدة ، فإنه لا يستطيع أن يطالب بضمن الأعمال التى نفذها ، أو باسترداد التأمينات المقدمة منه ، الا بعد معرفة النتائج المالية لعملية الارساء الجديدة^(١) .

وبالرغم من التسمية السابقة ، فان الادارة ليست ملزمة بأن تلجأ الى طريقة المناقصات العامة ، فى العقد الجديد ، بل لها أن تختار طريقة التعاقد عن طريق الممارسة . ولكنها اذ لجأت الى هذا الطريق الأخير ، فيتمين عليها أن تراعى عدم الاضرار بالتعاقد القديم ، باختيار أفضل الشروط المالية . وتخضع الادارة لرقابة القضاء فى هذا الصدد^(٢) .

أما فى حالة عقد التوريد ، فيكون الفسخ مصحوبا باعادة الشراء على حساب المورد المقصر :

«Résiliation du marché de fourniture avec passation d'un nouveau marché par défauts».

وينضغ الفسخ فى هذه الحالة للأحكام السابقة ، اللهم الا فيما يتعلق بحق الادارة فى الالتجاء الى الشراء على حساب المورد المقصر ، دون حاجة لفسخ العقد الأصلى . وتكون هذه الطريقة بمثابة وسيلة من وسائل الضغط .

وكل هذه الأحكام هى مجرد تطبيق للقواعد العامة . ومن ثم يمكن الأخذ بها فى مصر ، مع ملاحظة أن القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية فى المواد التى سبق أن استعرضناها ، قد نصا أحيانا على الفسخ المجرد وأحيانا خيرا الادارة بين الالتجاء الى الفسخ المجرد أو التنفيذ على حساب المتعاقدا المقصر .

= المتعاقد ، فلم يقرها المجلس على ذلك ، قائلا بخصوص هذه الوسيلة الأخيرة :
«Elle est une mesure incompatible avec la résiliation pure et simple du marché entraînée par la faillite».

- (١) أحكام المجلس مستقرة ، منها على سبيل المثال حكمه الصادر فى ١٣ فبراير سنة ١٩٤٢ فى قضية «Les Limousins de Paris» المجموعة ص ٥٢ .
(٢) حكم المجلس الصادر فى ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٠ فى قضية «Worms» المجموعة ص ٩٠٣ ، وفى ١٤ مارس سنة ١٩٢٨ فى قضية «Segnès» المجموعة ص ٣٥٨ .

الفرع الرابع المجزاء الجنائية

١ - يحكم هذا الموضوع ، الأصل العام ، والذي يقضى بأنه لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على نص . وبالتالي فانه لا يجوز للادارة كقاعدة عامة ، أن توقع عقوبات جنائية (des sanctions pénales) على المتعاقدين معها مهما كانت جسامة المخالفات التي يرتكبونها . ومع التسليم بأن الادارة تستطيع أن تضمن عقودها شروطا استثنائية وغير مألوفة - على النح والذى فصلناه فى القسم الأول من هذا المؤلف - فان تلك الشروط لا يمكن أن تصل الى حد النص على تخويل الادارة توقيع عقوبات جنائية على المتعاقدين . ذلك أن تلك الشروط ، حتى ولو قبلها المتعاقد ، تعتبر باطلة لمخالفتها للنظام العام . ومن ثم ، فاذا كانت الادارة تستطيع فى بعض الحالات الاستثنائية أن توقع عقوبات جنائية على المتعاقدين المقصر ، فان مرجع ذلك الى نصوص القوانين واللوائح التى تملك وحدها انشاء مثل هذا الجزاء .

٢ - ولكن غالبا ما تمارس الادارة سلطة توقيع العقوبات الجنائية على المتعاقدين المقصر ، لا بصفتها طرفا فى العقد ، ولكن بصفتها سلطة عامة . وأهم مجال لهذا الاستعمال هو سلطة البوليس . فالادارة تستطيع - فى مصر وفى فرنسا وفى معظم دول العالم - أن تصدر لوائح بوليس ، وأن تضمن تلك اللوائح عقوبات جنائية فى الحدود المتعارف بها^(١) . واذا خالف المتعاقد - أو أى مواطن آخر - الالتزامات المقررة بمقتضى تلك اللوائح ، فانه يتعرض للمقاب الجنائى .

ولكن من الناحية الأخرى ، ليس للادارة أن تستعمل سلطات البوليس استعمالا متحرفا (détourné) بقصد اجبار المتعاقدين على الوفاء

(١) فى التفاصيل ، مؤلفنا ، النظرية العامة للقرارات الادارية ، المرجع السابق فى موضوع اللوائح .

بالتزاماته التعاقدية • ومن ثم فإنها لا تستطيع مثلا أن تضيف صفة لائحة البوليس على دفتر من دفاتر الشروط ، كما أنها لا تستطيع أن تصدر لائحة بوليس لا تستهدف من ورائها الا اجبار التعاقد على التنفيذ ••• الخ وكل هذه المحاولات يقضى عليها مجلس الدولة الفرنسى باستمرار^(١) ولا شك فى أن ذات المبادئ تطبق فى مصر • أما اذا استعملت الادارة سلطة البوليس استعمالا سليما ، فان من حقها أن توقع على التعاقد الجزاءات المقررة ، سواء استعملت الادارة سلطات البوليس العام أو البوليس الخاص كبوليس السكة الحديد ، أو الغابات أو الآثار ••• الخ^(٢) •

هذا ونجد أن المادة ٧٧ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة قد فرضت على المقاول اتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية كما جعلته مسئولاً عن « حفظ النظام بموقع العمل ، وتنفيذ أوامر جهة الادارة بأبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط • ويلتزم المقاول أيضا باتخاذ كل ما يكفل منع الاصابات أو حوادث الوفاة للعمال أو أى شخص آخر أو الاضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد • وتعتبر مسئوليته فى هذه الحالات مباشرة دون تدخل لجهة الادارة •

وفى حالة اخلاله بتلك الالتزامات يكون لجهة الادارة الحق فى تنفيذها على نفقته • « وقد وردت أحكام مماثلة فى المادة ٨٨ من لائحة المناقصات والمزايدات الملغاة •

(١) حكمه الصادر فى ٥ يناير سنة ١٩٢٤ فى قضية (Sté industrielle du gas) مجموعة سبرى ، سنة ١٩٢٦ ، القسم الثالث ، ص ٣٣ مع تعليق هوريو ، ومنشور إضافي مجموعة دالوز سنة ١٩٢٦ ، القسم الثالث ، ص ٤٥ مع تعليق لغالين • حكمه فى ٢ يونيو سنة ١٩٢٦ فى قضية (Randon et Rimbart) ، المجموعة ص ٦٧٧ ، وفى ١٩ مارس سنة ١٩٣٠ فى قضية (Sté toulousaine de Basacle) المجموعة ص ٣١٢ •

(٢) حكم المحكمة الصادر فى ٢ يونية سنة ١٩١٧ ، فى قضية (Cie générale des eaux) المجموعة ص ٤٩٢ وفى ٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ فى قضية (Cie des omnibus de Lyon)

٣ - وقد يغول المشرع الادارة بنص صريح ، حق تنظيم مرفق يدار عن طريق الامتياز ، مع وضع عقوبات معينة للاخلال بالقواعد المقررة بمقتضى التنظيم الذى تقرره الادارة .^(١) وحينئذ يكون للادارة توقيع العقوبات على الملتزم اذا لم يحترم التنظيم المقرر . ومن ذلك التشريعات التى كانت تحكم السكك الحديدية فى فرنسا قبل تأميمها^(٢) .

وأهداف التنظيم هنا ، غير تلك المتعلقة بأغراض البوليس ، وهى الصحة أو السكينة أو الأمن ، والتى تملك الادارة أن تصدر من اللوائح ما يلزم لتحقيقها دون حاجة الى نص خاص على الرأى الراجح . فالادارة مثلا تستطيع أن تحدد سرعة السيارات التى يستعملها الملتزم ، وعدد الركاب فى كل عربة أو تحرم الوقوف على سلم العربات ، أو وقوفها فى غير المواقف المحددة لها . . . الخ عن طريق سلطة البوليس . ولكنها لا تستطيع أن تتدخل فى التنظيم الداخلى للمرفق الا بمقتضى نص خاص يغولها تلك السلطة صراحة^(٣) .

٤ - وقد ينص فى القوانين على اعتبار خطأ معين من أخطاء المتعاقدين جريمة يعاقب عليها جنائيا . ومن أشهر الأمثلة على ذلك المادة ١١٦ مكررا (ج) من قانون العقوبات والتى تنص على أن « كل من أخل عمدا بتنفيذ كل أو بعض الالتزامات التى يفرضها عليه عقد مقاوله أو نقل أو توريد أو التزام أو شغال عامة ارتبط به مع احدى الجهات المبينة فى المادة ١١٩^(١) » ، أو مع احدى شركات المساهمة ،

(١) قانون سنة ١٨٤٢ وسنة ١٨٤٥ فى فرنسا ، وحكم المجلس الصادر فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٧ فى قضية « grandes compagnies » وقد سبقت الإشارة اليه .

(٢) وكل ذلك فى مجال انشاء عقوبات جنائية . ولكن لا يمس سلطات الادارة العامة فى تنظيم المرفق المدار من طريق الامتياز على النحو الذى شرحناه فى موضعه من هذا المؤلف .

(٣) تنص المادة ١١٩ المشار اليها على ما يلى : « يقصد بالأموال العامة فى تطبيق أحكام هذا الباب ما يكون كله أو بعضه مملوكا لاحدى الجهات الآتية أو خاضعا لإشرافها أو لإدارتها :

وترتب على ذلك ضرر جسيم أو إذا ارتكب أى غش فى تنفيذ هذا العقد ، يعاقب بالسجن ، وتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة إذا ارتكبت الجريمة فى زمن حرب ، وترتب عليها اضرار بمركز البلاد الاقتصادى أو بمصلحة قومية لها .

وكل من استعمل أو ورد بضاعة أو مواد مفشوشة أو فاسدة تنفيذا لأى عقد من العقود سالفه الذكر ، ولم يثبت غشه لها أو علمه بفشها أو فسادها يعاقب بالحبس والغرامة التى لا تتجاوز ألف جنيه أو احدى هاتين العقوبتين ، وذلك مالم يثبت أنه لم يكن فى مقدوره العلم بالغش أو الفساد ، ويحكم على الجانى بغرامة تساوى قيمة الضرر المترتب على الجريمة ، ويعاقب بالمقوبات سالفه الذكر على حسب الأحوال ، المتماقدون من الباطن والوكلاء وللوسطاء إذا كان الاخلال بتنفيذ الالتزام أو الغش راجعا الى فعلهم » .

وواضح من استعراض هذه المادة أنها تكاد تغطى جميع المخالفات الجسيمة التى يرتكبها المتماقد أثناء تنفيذ العقود الادارية بم معناها الفنى ، بل وغيرها من العقود ذات الأهمية الخاصة ، ولو فى مجال القانون الخاص .

وقد تطلب المشرع لكى يصبح الخطأ المتماقدى جريمة جنائية وفقا للنص المشار اليه أن يعتمد المتماقد الاخلال بالتزاماته المستمدة من العقد ، وأن يترتب على الاخلال ضرر جسيم ، أو أن يلجأ الى استعمال الغش فى تنفيذ التزاماته العقدية ، بل استغنى المشرع عن القصد الجنائى فى بعض عقود التوريد بالشروط المقررة فى المادة .

هذا وتذكر بنص الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والتى تنص صراحة على أنه اذا لجأ المتماقد الى الرشوة ،

= ١ - الدولة و وحدات الإدارة المحلية . ب - الهيئات (المؤسسات) العامة و وحدات القطاع العام . ج - الاتحاد الاشتراكي و المؤسسات التابعة له . د - النقابات و الاتحادات . هـ - المؤسسات و الجمعيات الخاصة ذات النفع العام . و - الجمعيات التعاونية . ز - الشركات و الجمعيات و الوحدات الاقتصادية و المنشآت التى تساهم فيها احدى الجهات للنصوص عليها فى الفقرات السابقة . ح - أية جهة أخرى ينصب على اعتبار أموالها من الأموال العامة .

سواء بنفسه أو بواسطة غيره ، بطريق مباشر أو غير مباشر فهنا يعاقب المتعاقد جنائيا ، كما يفسخ العقد اداريا .

وفى جميع الحالات التى يتعرض فيها المتعاقد للمعقوبات الجنائية ، على الادارة أن تلجأ الى الطريق المقرر لتوقيع تلك المعقوبات ، فلا توقعها بنفسها الا اذا كان القانون يسمح بذلك ، كما أن الجزاء الجنائى مستقل عن سلطة الادارة المسمدة من العقد .

البَابُ الثَّالِثُ

حقوق المتعاقد في مواجهة الادارة

يقوم هذا الموضوع على أساسين هامين هما :

أولاً : أن المتعاقد انما يستمد حقوقه والتزاماته من العقد
الادارى .

ثانياً : أن المتعاقد هو انسان يسعى الى الربح .

واذا كان اتصال العقد بالمرفق العام ، قد لطف من حدة القواعد المدنية التي تحكم الالتزامات التعاقدية ، على النحو الذى رأيناه تفصيلاً فيما سبق ، فان مجلس الدولة الفرنسى قد عمل - من ناحية اخرى - على أن يقرر للمتعاقد من الحقوق ما يوازن سلطات الادارة الخطيرة ، حتى لا تؤدى تلك السلطات الى تهيب الأفراد فى الاقدام على التعاقد مع الادارة فتفقد الادارة بذلك وسيلة من أنجع الوسائل فى تسيير المرافق العامة .

ومن ثم فاننا ندرس هذا الموضوع على الترتيب التالى :

أولاً : حق المتعاقد فى أن تحترم الادارة التزاماتها العقدية .

ثانياً : حق المتعاقد فى الحصول على المقابل المالى المتفق عليه فى العقد .

ثالثاً : التوازن المالى للعقد ومبدأ التعويض بلا خطأ .

الفصل الأول

حق المتعاقد فى أن تحترم الإدارة التزاماتها العقدية

يولد العقد الإدارى فى مواجهة الإدارة التزامات عقدية ، يترتب على مخالفة الإدارة لها جزاء يكون من حق المتعاقد المطالبة بتوقيمه . ونعرض فيما يلى باختصار ، لبيان مدى التزام الإدارة بالعقد الإدارى ، وجزاء مخالفتها لالتزاماتها العقدية .

الفرع الأول

مدى التزام الإدارة بالعقد

١ - رأينا فيما سبق أن الإدارة تستطيع بإرادتها المنفردة أن تفرض على المتعاقد معها تعديل بعض شروط العقد الإدارى ، وأنها تملك أن تتحكم فى التزاماته التعاقدية - الى حد ما - بالنقص أو الزيادة . فهل معنى ذلك أن العقد الإدارى يلزم الأفراد ولا يلزم الإدارة^(١) ؟ ذلك ما لا يمكن التسليم به والا لأهدرنا فكرة العقد الإدارى من أساسها . فالمتعاقدان فى العقد الإدارى قد لا يكونان على قدم المساواة (Le contrat administratif n'est pas un contrat égalitaire) ولكن العقد الإدارى ملزم للإدارة وللأفراد فى الحدود التى تتفق وطبيعة الروابط الإدارية .

٢ - وإذا كان للإدارة حق التحرر من التزاماتها التعاقدية فى بعض الحالات ، كما رأينا ، وكما سنرى ، فإن سلطة الإدارة فى هذا الخصوص ليست سلطة مطلقة ، تمارسها وفقاً لمحض اختيارها وترخصها ، ولكنها سلطة محددة ، لا تمارس إلا إذا توافرت شروط

(١) راجع الاجابة عن هذا التساؤل ، فى مقال الفقيه «L'Huillier» بمنوان

«Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration ? »

منشور فى : (D. chron. 1953 p. 87)

معينة ، وبقصد تحقيق أهداف مخصصة • ولم يسلم مجلس الدولة في فرنسا وفي مصر للادارة بتلك السلطة الخطيرة الا بقصد تمكين الادارة من تحويل المقد بما يجعله ملائما للصالح العام •
«L'adaptation du contrat aux exigences de l'intérêt général».

ولكن تلك السلطة لا تعنى بأى حال من الأحوال عدم التزام الادارة بمقودها •

٣ - وأول التزامات الادارة في هذا الصدد ، أن تعمل على تنفيذ المقد بمجرد ابرامه من السلطة المختصة ، مع مراعاة طبيعة المقد^(١) • وبالتالي لا يحق للادارة أن تفسخ المقد لمجرد التحلل مما يفرضه عليها من التزامات ، والا تعرضت للمسؤولية التأقديّة كما سنرى^(٢) • وذلك مع مراعاة حق الادارة في انهاء العقود الادارية - بمعناها الفني - اذا اقتضى الصالح العام ذلك ، وعلى التفصيل الذى سوف تقدمه فى القسم الرابع والآخر من هذا المؤلف •

٤ - ولا يكفى أن تنفذ الادارة المقد ، وانما يتمين عليها عند تنفيذه احترام كافة الشروط الواردة به ، لا فيما يتعلق بالالتزامات الأصلية فحسب ، ولكن فيما يتعلق بكافة الالتزامات • بل لقد أشارت المحكمة الادارية العليا فى هذا المقام الى المادة ١٤٨ مدنى التى توجب تنفيذ العقود طبقا لما اشملت عليه (حكمها الصادر فى ١١ أبريل سنة ١٩٧٠ ، ص ١٥ ص ٢٦٤) • ومن أكثر الشروط التى تعرض لها مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد ، شرط عدم

(١) وذلك لأن من عقود الادارة ما لا تلتزم بتنفيذه بعد ابرامه الا اذا رأت أن الصالح العام يقتضى هذا التنفيذ ، كما هو الشأن فى عقد طلب تقديم المساونة (L'offre de concours) كما رأينا عند دراسة هذا المقد •

(٢) قضاء مجلس الدولة الفرنسى مستقر فى هذا الصدد : راجع حكمه الصادر فى ٢٥ يوليو سنة ١٩٣٩ فى قضية (Hayem) المجموعة ص ٥٢٨ ، ويتقضى بأن الادارة لا تستطيع أن تتخلص من التزاماتها المتولدة عن عقد التوريد الذى ابرمه ، وفى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٩ فى قضية (Secr. d'Etat aux communications) المجموعة ص ٣٢٨ • ويتعلق بالتزام الادارة بتنفيذ عقد اشغال عامة • وحكمه الصادر فى ٢٣ يناير سنة ١٩٥٧ فى قضية (Commune de Saint-sur-avre) المجموعة ص ٤٩ •

المنافسة (Le privilège d'exclusivité) ^(١) ، إلا إذا تغيرت الظروف ، وتطلبت مقتضيات الصالح العام ، خروج الإدارة على هذا الشرط ، كما في حالة تغير الوسيلة الفنية في اشباع الخدمة العامة ، كاستعمال الكهرباء في الاضاءة بدل الغاز ، أو الأتوبيس محل الترام . الخ على النحو الذى ذكرناه . ولقد أتيح لمحكمة القضاء الادارى المصرية أن تؤكد المبدأ السابق فى حكمها الصادر فى ١١ مارس سنة ١٩٥٦ حيث تقول « متى كان الثابت أن الترخيص الممنوح لاستغلال مبنى المقصف بالميناء الجوى ، انما يستهدف غرضاً أساسياً ، وتنصب أحكامه وينوده على هذا الغرض ، وهو خدمة ركاب الترانسيت العابرين ، فإن الحكومة اذا عمدت الى انشاء مقصف آخر لهذا الغرض ، وعهدت باستغلاله للملتزم آخر ، فانها تكون بذلك قد حالت من جهتها بين الملتزم الأول وبين تنفيذ التزاماته التى يتضمنها ترخيصه مخالفة بذلك ما يجب عليها قانوناً من احترام شروط الترخيص ، وما تفرضه عليها المبادئ القانونية العامة من التعاون فى تنفيذه ، ومن عدم وضع العقبات والمنافسات فى سبيله أو زيادة أعبائه وتكاليفه ، وذلك طالما أنه لم يقم بسبب من الأسباب التى تبرر سحب الترخيص أو الغاءه أو انهائه ، وبذلك تلزم بتمويض المرخص له نظير ما أصابه من أضرار من جراء مخالفتها لمبادئ الترخيص وشروطه » ^(٢) .

ولكن التزام الحكومة - بمقتضى عقد الامتياز بعدم الترخيص بكازينوهات مماثلة - تسقط فى حالة عدم قيام الشركة صاحبة الامتياز بتنفيذ التزاماتها باقامة المنشآت المبينة بالعقد ، ويجوز للحكومة الترخيص باقامة منشآت مماثلة فى المناطق المحددة .

٥ - ويجب على الإدارة أن تنفذ التزاماتها المقدية بطريقة سليمة (Obligation d'exécuter correctement) ، وهذا لا يقتضى أن تلتزم

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢١ أبريل سنة ١٩٥٠ فى قضية (Nuncio) المجموعة ص ٢٣١ .
(٢) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة المأخرة ص ٢٣٩ .

الاعتبارات الفنية المسلم بها وفقا لطبيعة المقد فحسب ، ولكن يجب عليها أيضا أن تحترم مقتضيات حسن النية^(١) .
(L'obligation d'exécuter de bonne fois)

وهذا المبدأ أكدته المحكمة الادارية العليا ، في حكمها الصادر في ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٧ حيث تقول : « أن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون ، يقضى بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، وهذا الأصل يطبق في العقود الادارية ، شأنها في ذلك شأن العقود المدنية » . فاذا ثبت أن البضاعة الموردة تتفق مع المواصفات في التركيب ، وأن الشوائب اللاحقة بها لا تؤثر على صلاحيتها للاستعمال ، فلم يكن ثمة ما يحول - تطبيقا لمبدأ تنفيذ العقود بحسن نية - دون قبول هذه الكميات الموردة^(٢) .

٦ - والأصل أن تنفذ الادارة العقد كله (L'obligation pour l'admi nistration d'exécuter le contrat integralement) وإذا كان للادارة الحق في أن تنقص الكمية المتعاقده عليها أو أن تزيد فيها ، فإن ذلك منوط بتوافر الشروط التي ألغنا اليها عند تصدينا لدراسة هذا الموضوع . أما فيما عداها ، فانه من اللازم أن تمكن الادارة المتعاقده من تنفيذ التزاماته بتمامها . وتطبيقا للمبدأ السابق ، لا يجوز للادارة ، بغير خطأ أو تقصير من المتعاقده ، أن تسحب جزءا من العملية لتمهيد به الى متمهد آخر ، أو أن تنفذ العمل بنفسها ، فتحول بذلك بين المتعاقده وبين تنفيذ التزاماته العقدية . الخ^(٣) .

(١) حكم المجلس الصادر في ٩ يناير سنة ١٩٤٨ في قضية (Syndicat du canal de Mokta Marklouf) المجموعة من ١٣ وحكمه في ٢٣ يناير سنة ١٩٥٣ في قضية (Compagnie) المجموعة من ٧٧٣ .

(٢) مجموعة أحكام المحكمة العليا ، السنة الثانية ، ص ٩٣٧ .
كما أن محكمة القضاء الاداري تقرر في حكمها الصادر في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٢ (السنتان ١٢ و ١٣ ص ٢٤) أن على الادارة عند توقيع الغرامات المالية ، أن تراعى تناسبها مع درجة الاخلال بالالتزامات « ... تحقيقا لمبدأ العدالة التي ينبغي أن تكون رائدة الجهات الادارية في تنفيذ عقودها الادارية ... » .

(٣) حكم المجلس في ٦ مايو سنة ١٩٣١ في قضية (Sous secr. d'Etat aux Finances C. Bayon) المجموعة من ٤٩٠ وفي ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ في =

كما أنه لا يحق لها - دون سبب هام يتملق بمقتضيات الصالح العام - أن توقف تنفيذ العقد ، فترفض مثلا تسلم باقى البضائع المتفق على توريدها ، أو توقف العمل فى المشروع المتفق على تنفيذه ولو لم تنفذه بنفسها أو تمهد به الى غير المتعاقد^(١) .

٧ - وتلتزم الادارة باحترام المدد المقررة فى العقد أيضا . وإذا كان الأصل أن المدد المقررة فى العقود الادارية يقصد بها عادة المتعاقدون مع الادارة ، وبهذا المعنى لا تكون ملزمة الا لهم ، فانه يحدث أن ينص فى العقد صراحة على أن المدة ملزمة للادارة كما هى ملزمة للمتعاقد معها ، وحينئذ يتعين على الادارة احترام المدد المحددة للتنفيذ . وهذه الحالة لا صعوبة فيها .

ولكن يحدث أن يرد شرط المدة عاما ، أو يجيء العقد خاليا من تحديد مدد للتنفيذ . وفى هذه الحالة يقرر مجلس الدولة الفرنسى أن ثمة مددا معقولة لتنفيذ العقد (une durée normale d'exécution du marché) يتعين على الادارة احترامها . وبالتالى فانها لا تستطيع أن تتسبب بتصرفها فى اطالة مدد التنفيذ الى ما يجاوز الحد المعقول دون أن تعرض نفسها للمسئولية . ويحدد مجلس الدولة الفرنسى « المدة المعقولة » للتنفيذ بمراعاة ظروف العمل المطلوب تنفيذه ، ومدى كفاية الشركة المتعاقدة أو المقاول^(٢) .

= قضية (Amauroux) المجموعة ص ١١٢٥ ، وفى ٢١ أبريل سنة ١٩٤٢ فى قضية (Sté ouvrier des carrières) المجموعة ص ٤١٥ .

(١) حكم المجلس فى ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ فى قضية «Barré» المجموعة ص ٨٩ ، وفى ٣ أكتوبر سنة ١٩٥١ فى قضية «Sté. Citroën» المجموعة ص ٥٠٤ .
(٢) حكم المجلس الصادر فى ٧ فبراير سنة ١٩٥١ فى قضية «Ville de Paris» المجموعة ص ٧٦ حيث يقول :

«Si le marché ne fixe expressément aucune date pour l'achèvement des travaux, ses disposition n'ent pas eu pour effet de conférer audit marché une durée indéfinie ; dès lors c'est à bon droit que le Conseil de préfecture a estimé que les parties avaient envisagé une date limite pour l'achèvement des travaux, correspondant à leur durée normale d'exécution ; la durée normale d'exécution des travaux, déterminée eu égard aux capacités de cette société et à la durée d'exécution d'ouvrages analogues impliquait leur achèvement avant le mois de juin 1936 ... Dans ces conditions la prolegation des travaux est entièrement imputable à l'administration».

ولا يتعين احترام المبدأ السابق فيما يتعلق بالمدة الاجمالية لتنفيذ العقد فحسب ، بل انه يسرى أيضا على المدد المخصصة لتنفيذ الالتزامات الجزئية الواردة في العقد . ومثال ذلك واجب الادارة في احترام المدد المقررة لبدء التنفيذ ، كموعده تسليم الموقع للمتزيم الأشغال العامة والمدد المحددة لتسديد الثمن بالنسبة لما ينفذ من الأعمال أو ما يورد من بضائع . الخ .

٨ - وأخيرا فان الادارة ملزمة باحترام العقد ككل ، بمعنى أنها لا تستطيع دون أن تعرض نفسها للمسئولية ، أن تقوم بأى عمل يتعارض مع صفاتها كمتعاقدة ، أو يمرض المتعاقد معها لأعباء ومتاعب فى تنفيذه لالتزاماته العقدية . ومن قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد ، حكمه بمسئولية جهة الادارة المتعاقدة والتي لجأت الى نزع ملكية الأراضى مما ترتب عليه المساس بحقوق المتعاقد معها^(١) . وبمسئولية الوزير الذى يرفض منح ترخيص بالبيع ، استنادا الى سلطات خاصة يستمدّها من القوانين ، اذا ترتب على ذلك ضرر للمتعاقد ، وكان العقد يجيز لهذا الأخير أن يلجأ الى هذا البيع^(٢) ، وبمسئولية الدولة اذا أنشأت حديقة عامة ، وترتب على هذا الانشاء الحد من حق الصيد الممنوح لشركة من الشركات . . . الخ^(٣) .

وهذا المسلك متفرع على التزام الادارة باحترام مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود الادارية ، لأنه لا يتفق وحسن النية أن تزيد الادارة بمحملها فى أعباء المتعاقد معها بدلا من أن تعاونه على التنفيذ .

= ولقد أشار حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ١٢ مايو سنة ١٩٥٨ (السنتان ١٢ ، ١٣ ، ص ١١٢) الى مبدأ المدة المعقولة فى تنفيذ الالتزام اذا لم ينص العقد على مدة معينة للتنفيذ .

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٤ مارس سنة ١٩٤١ فى قضية (Roda) المجموعة ص ٤٤ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٢٨ فى قضية (Bouzoï) المجموعة ص ١٣٦ .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٢ فى قضية (Cie générale des illes Kerguelen) المجموعة ص ٨٣٩ .

الفرع الثاني

جزاء مخالفة الادارة لالتزاماتها العقدية

١ - رأينا فيما سبق جزاء مخالفة المتعاقد لالتزاماته وأحطنا بمدى ما تتمتع به الادارة في هذا الصدد من سلطات تنبؤ عن منطق القانون الخاص . والقاعدة هنا أيضا أن مخالفة الادارة للالتزامات المقررة في العقد الادارى يستتبع توقيع جزاء ولكنه يختلف عن الجزاء الذى يمكن توقيمه على المتعاقد مع الادارة والذى عرضنا له فيما سبق .

فالجزاءات التى يمكن أن توقع على الادارة اذا قصرت فى تنفيذ التزاماتها العقدية ، ليست بكثرة ولا تنوع الجزاءات التى توقع على الأفراد ، وهى لا تشمل على وجه الخصوص ، اجراءات الضبط ولا الجزاءات الجنائية . ومن ناحية أخرى ، فان المتعاقد لا يستطيع أن يوقع الجزاء بنفسه على الادارة ، فليس أمامه الا أن يسلك سبيل التقاضى . بل ان المتعاقد فى هذا المجال لا يستطيع أن يستفيد من الدفع بعدم التنفيذ «L'exception non adimpleti contractus» المقرر فى القانون الخاص ، وبالتالي لا يستطيع المتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته بعجة أن الادارة قد قصرت من جانبها فى تنفيذ ما يفرضه عليها من التزامات ، الا اذا ترتب على تقصير الادارة استعالة التنفيذ بطبيعة الحال . وهنا أيضا نجد طابع المرفق العام فيما يتعلق بأحكام العقود الادارية ، ذلك أن قاعدة سير المرافق العامة بانتظام واطراد تأبى أن يعطل المتعاقد أداء الخدمة لسبب من الأسباب ، ما دام فى وسعه اداء تلك الخدمة . ومن هنا قلنا انه من الواجب الا ينظر الى المتعاقد باعتباره متعاقدا فحسب ، بل يتمين أن يوضع فى الاعتبار صفته كمعاون فى تسيير المرفق العام .

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسى تلك القاعدة فى أحكام كثيرة ، لا سيما فيما يتعلق بعقد الامتياز ، والذى تتجلى فيه تلك الحكمة فى

أبرز صورها^(١) . ولكن المجلس لم يقف بتلك القاعدة عند عقد الامتياز ، بل سحبها الى العقود الادارية الأخرى كمقد الأشغال العامة . فاذا رفع المكاوول دعوى فسخ العقد ، فانه لا يستطيع أن يوقف العمل انتظارا للفصل فى الدعوى^(٢) ، كما أنه لا يستطيع أن يستند الى تأخر ادارة فى دفع المقابل لوقف العمل^(٣) . كذلك الشأن بالنسبة الى متمهدى التوريد ، فليس لهم أن يوقفوا التوريد استنادا الى خطأ الادارة^(٤) .

ولما كانت القاعدة السابقة مؤسسة على فكرة سير المرفق العام بانتظام واطراد ، فان بعض الفقهاء يرون عدم اعمالها اذا كان الدفع بعدم التنفيذ لا يهدد سير المرفق العام^(٥) . وبهذا المعنى قررت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٧١ ، أنه يجوز للمتعاقد أن يشترط فى العقد التمسك بقاعدة عدم التنفيذ

(١) حكم الصادر فى ٧ يونية سنة ١٩٢٩ فى قضية (Cie française des câbles télégr. المجموعة من ٦٥٤ حيث يقول المجلس :

«Le Concessionnaire d'un service public doit, sans impossibilité, en assurer le fonctionnement et n'est pas en droit d'en suspendre l'exécution à raison des difficultés qui peuvent s'élever entre lui et le pouvoir concédant».

وراجع حكم الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٠ فى قضية (Soc la fusion des gaz) المجموعة من ٣١١ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٧ مايو سنة ١٩٣٢ فى قضية (Sameon) المجموعة من ٤٨٠ .

(٣) حكم الصادر فى ٢٨ مايو سنة ١٩٥٢ فى قضية (Cne de Sainco-Barbe) المجموعة من ٢٨٢ وقد جاء فيه :

«Si l'entrepreneur était fondé à prétendre au versement d'acomptes, lesdites dispositions ne l'autoriseraient nullement à interrompre les travaux en cas de retard dans le paiement».

(٤) حكم المجلس الصادر فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٨ فى قضية (Bellard) المجموعة من ٩٦٧ حيث تقول :

«A supposer que la réclamation ait été fondée, le Sieur B. qui pouvait contester la décision ministérielle devant le juge du contrat n'était pas en droit de mettre fin aux livraisons qu'il s'était engagé à effectuer».

(٥) راجع تعليق الفقيه (de Soto) منشور فى مجموعة دالوز سنة ١٩٤٢ ، القسم الثالث من ١١١ ، وراجع رسالة (M. Gervais) من عقد تقديم المساعدة ، المرجع السابق .

في مواجهة خطأ معين يقع من الادارة حيث تقول : « انه وان كان الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد ... ضمانا لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، الا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجوا على هذا الأصل ، وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الادارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، وبالتالي لا يحق للادارة أن توقع عليه غرامات تأخير ما دامت قد تراخت في تنفيذ التزاماتها قبله مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها » .

٢ - ولكن ما هي سلطات القاضي في مواجهة الادارة المقصرة ؟ يحكم هذا الموضوع الأسس التالية :

(١) ليس للقاضي أن يأمر الادارة بعمل معين ، وبالتالي ليس له أن يأمرها بالوفاء بالتزاماتها . وما ذلك الا تفريعا على القاعدة التي تحكم علاقة القضاء الاداري بالادارة العاملة في النظام الفرنسي الذي تأخذ به مصر . ولما كان القاضي لا يستطيع أن يأمر الادارة بعمل شيء محدد بطريق مباشر ، فانه لا يستطيع أن يحتال للوصول الى ذلك بطريق غير مباشر ، عن طريق نظام التهديدات المالية المعروف في القانون الخاص « système des astreintes » (١) .

ولكن الممنوع على القضاء هو نظام التهديدات المالية بمعناه المعروف ، والذي يستهدف اجبار الملزم المقصر على الوفاء بالتزامه . ومن ثم فان مجلس الدولة الفرنسي قد سمح لنفسه في هذا المجال ، بأن يلجأ الى تخيير الادارة بين الوفاء بالتزاماتها وبين دفع التعويض المحكوم به ، فيردف حكمه الصادر بالتعويض ، بالصفة التليدية والتي تجرى على النحو التالي (٢) :

« Si mieux n'aime l'administration exécuter son obligation »

(١) حكم المجلس الصادر في ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٤ في قضية (Cac de Mersine) المجموعة ص ٢٢٦ ، وحكمه الصادر في ٢٧ يناير سنة ١٩٣٢ في قضية (Le loir) مجموعة سري سنة ١٩٢٢ ، القسم الثالث ، ص ١٢٢ مع تقرير المنوض (Deuton) (٢) حكمه الصادر في ١٨ يناير سنة ١٩٣٨ في قضية (Maggi) المجموعة ص ٧٤ وفي ٩ يناير سنة ١٩٤٨ في قضية (Syndicat du canal de Meklauf) المجموعة ص ١٣ .

وأحيانا يحدد المجلس مهلة للإدارة لكي تختار بين الطريقتين^(١) .

(ب) يملك القاضى إلغاء القرارات غير المشروعة والصادرة من الإدارة بمناسبة تنفيذ العقد ، ألهم الا فيما يتعلق ببعض الجزاءات لتي قد تصدرها الإدارة على خلاف القانون ضد ملتزم الأشغال العامة وفقا لمسلك مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد وقد سبق أن أبدينا رأينا فى هذا الخصوص .

(ج) يستطيع القاضى أن يحكم على الإدارة بالتعويض المناسب ، وهذا هو المسلك الأصيل للقضاء الإدارى فى هذا المجال . ويقدر هذا التعويض عادة على الأسس المدنية لأنها تمثل القواعد العامة فى هذا الصدد ، فيقدر التعويض وفقا لدرجة الضرر ، لا الخطأ ؛ ومع مراعاة دور كل من الطرفين فى ارتكاب الخطأ ، بحيث إذا كان الخطأ مشتركا ، تحمل كل من الطرفين نصيبه فيه . وبهذا المعنى تقول المحكمة الإدارية العليا فى حكمها الصادر فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٦٦ (س ١٢ ، ص ٥٠٣) : « ومن حيث أن الضرر الذى أصاب الشركة (المتعاقدة) جاء نتيجة خطأ كل من الإدارة والمؤسسة معا (الشركة) . . . وإذا كان الخطأ مشتركا ، وكان للقاضى أن يقدر نصيب كل من المسؤولين عنه فى التعويض وفقا لحكم المادتين ١٦٩ و ٢١٦ من القانون المدنى ، فإن المحكمة تقدر التعويض المستحق للمؤسسة فى ذمة الإدارة بمبلغ . . . » .

(د) وأخيرا ، يملك القضاء الإدارى أن يحكم بفسخ العقد لخطأ الإدارة بناء على طلب المتعاقد .

«La résiliation du contrat aux torts de l'administrations»

وهذا هو أخطر الجزاءات التى تتعرض لها الإدارة . ومن ثم فإننا نعرض له بشئ من التفصيل .

(١) على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٢٣ يناير سنة ١٩٢٤ فى قضية (Foyché) المجموعة ص ٨٩ -

٣ - فسخ العقد خطأ الإدارة : هذا الفسخ - الذى يتعين أن ينطق به القاضى فى جميع الحالات - يقابل حق الإدارة فى فسخ العقد خطأ المتعاقد - وهو يخضع للأحكام التالية :

أولا : الأسباب المبررة للفسخ : لما كان الفسخ هو أخطر الجزاءات التى تتعرض لها الإدارة ، فإن القضاء الإدارى لا يحكم به الا خطأ جسيم ترتكبه الإدارة ، لأن الجزاء الأصيل فى مجال مسئولية الإدارة التعاقدية ، هو التعميـض .

ومن الأخطاء المبررة للفسخ من قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، عدول الإدارة دون سبب معقول عن المشروع موضوع التعاقد^(١) ، وتأخر الإدارة تأخرا كبيرا فى البدء فى تنفيذ العقد^(٢) ووقف الإدارة للأعمال موضوع العقد مددا طويلة دون مبرر معقول^(٣) . ومنها أيضا أن تلجأ الإدارة الى توقيع عقوبات بالغة الجسامة على المتعاقد دون خطأ جدى يبرر تلك العقوبات ، كما لو اتخذت ضده وسيلة من وسائل الإكراه التى عرضناها^(٤) أو فسخت العقد على مسئوليته ، فإن له أن ينازع فى ذلك ، وأن يحصل على الحكم بفسخ العقد على مسئولية الإدارة حتى يتوقى نتائج هذا الجزاء ، وهى قاسية كما رأينا^(٥) .

ولكن مجلس الدولة الفرنسى يرفض الفسخ عادة اذا تأخرت

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢ مارس سنة ١٩٥١ فى قضية (Ville de Poisy) المجموعة ص ٧٧٤ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٦ مايو سنة ١٩٢٣ فى قضية (Glaenger) المجموعة ص ٤٠٥ . ولكن يجب أن يكون التأخير خطيرا بدرجة تجاوز القدر المعقول الذى يتفق والنية المشتركة للمتعاقدين ، بدليل أن مجلس الدولة الفرنسى رفض الفسخ مع أن الإدارة أخرت التنفيذ قرابة خمس سنوات فى بعض الحالات - راجع حكمه الصادر فى ٢٩ يناير سنة ١٩٣٦ فى قضية (Lesieux) المجموعة ص ١٤٠ - وأن كان قد حكم بالتعميـض بطبيعة الحال .

(٣) حكم للمجلس الصادر فى ٢٦ يوليو سنة ١٩٤٧ فى قضية (Bongert) المجموعة ص ٣٥١ .

(٤) حكم المجلس الصادر فى ١٩ يوليو سنة ١٩٠٧ فى قضية (Boyer) المجموعة ص ٧٠٥ .

(٥) حكم المجلس الصادر فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٩ فى قضية (Sté Georges Mésier) مجلة القانون العام سنة ١٩٥٢ ، ص ٧٠٩ .

الادارة فى دفع المبالغ المستحقة للمتعاقد معها عما يكون قد نفذه من العقد ، ويكتفى هنا بالتعويض وبالحكم بفوائد المبالغ التى تؤخر الادارة دفعها^(١) .

ثانيا : يتعين على المتعاقد فى فرنسا أن يلجأ الى الادارة أولا قبل أن يرفع دعواه بفسخ العقد ، اما على أساس نص فى العقد الادارى - وهو ما يحدث غالبا - واما على أساس قاعدة القرار الادارى السابق (La règle de la décision préalable) التى تعتبر من أسس التقاضى التى يقوم عليها قضاء التعويض فى فرنسا^(٢) .

وفى مصر ، لم يأخذ قانون مجلس الدولة المصرى فى أية صياغة من صياغاته بفكرة القرار الادارى السابق ، والتى تستوجب أن يتوجه المتعاقد الى الادارة أولا قبل أن يرفع دعوى التعويض . ومن ثم يمكن القول بأن المتعاقد غير ملزم بأن يتوجه الى الادارة أولا على الأساس السابق . ولكن المتعاقد ملزم على أية حال بأن يعذر الادارة (La mise en demeure) قبل أن يلجأ الى التقاضى ، وهذا الاعذار سوف يؤدى دور القرار الادارى السابق فى هذا المجال .

ثالثا : ويترتب على الحكم بالفسخ ، نتيجتان رئيسيتان هما :

(أ) نهاية العقد : ويرتد أثر الحكم فى هذا الخصوص الى تاريخ رفع الدعوى^(٣) ، رغم التزام المتعاقد طالب الفسخ بالاستمرار فى التنفيذ كما رأينا .

(ب) استحقاق المتعاقد للتعويض : والتعويض هنا تعويض كامل ، ينطى كافة ما يلحق المتعاقد من خسارة ، وما يفوته من كسب

(١) حكمه الصادر فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٩ فى قضية (Leonard) المجموعة ص ٩٧٠ ، وفى ٥ أغسطس سنة ١٩٢٠ فى قضية (Sanvoisin) المجموعة ص ٨١٩ .

(٢) راجع فى التفاصيل مؤلفنا « القضاء الادارى » فى أى من طبعاته المتعددة حيث بحثنا هذه القاعدة بالتفصيل ، وتقصينا أصلها .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ١٦ مارس سنة ١٩٢٣ فى قضية (Glaenger) المجموعة ص ٤٠٥ .

بسبب فسخ العقد ، مع مراعاة ما يكون المتعاقد قد نفذه في المدة ما بين رفع الدعوى وما بين صدور الحكم بالفسخ * .

ويقدر التعويض في التاريخ الذي ينطبق فيه القاضى بالحكم^(١) .

وقد يضاف الى التعويض فوائد التأخير ، اذا كان المبلغ المحكوم به معين المقدار وفقا للقواعد المدنية المقررة ، سواء في مواجهة الادارة أو الأفراد * وقد اطرده قضاء المحكمة الادارية العليا على هذا المعنى ومن أحكامها في هذا الصدد :

- حكمها الصادر في ١١ ديسمبر سنة ١٩٦٥ (س ١١ ، ص ١٢٨) وفيه تقرر : « ان فوائد فرق الثمن الذى فات على الادارة بسبب تقصير المطعون ضده ، والذى حق لها الرجوع به عليه ، وهو مبلغ نقدي ، كما أن هذا الوصف يصدق على المصاريف الادارية ، كما يصدق على غرامة التأخير ... ومتى كان شقا هذا التعويض معلوما المقدار وقت الطلب ، وتأخر المدين في الوفاء بهما فانه يرتكب بذلك خطأ يختلف عن خطئه الأصلي في التقصير ، وينبنى على ذلك أن المقصر تجرى في شأنه الفوائد القانونية عن المبلغ المذكور كله من تاريخ المطالبة القضائية بواقع ٤٪ سنويا وفقا لنص المادة ٢٢٦ مدني » * .

- حكمها الصادر في ٢٩ يونية سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ١١١٣) وفيه تقرر ذات المبدأ ، بالفاظه ، بالنسبة لفرق السعر الذى تتكبده جهة الادارة في تشييل الأصناف المرفوضة لعدم مطابقتها لمواصفات العقد ، وقيمة الدفعة المستحقة قانونا على أوامر التوريد ، وكذا المصاريف الادارية باعتبارها مكملة لفرق السعر وملحقة به ، وغرامة التأخير ما دامت جميع هذه المبالغ معلومة المقدار وقت الطلب * .

(١) حكم المجلس الصادر في ٢٦ يوليو سنة ١٩٤٧ فى قضية (Bongert) المجموعة ص ٢٥١ وفى ١٥ يوليو سنة ١٩٥٥ فى قضية (Cue de Vie fexenese) منشور فى مجموعة (Actual jur, 11, p. 407)

وهذه القواعد - كما ذكرنا - تطبق على الادارة كما تطبق على الأفراد ، ولهذا فقد أثير تساؤل حول الوسيلة التي يتعين على الادارة أن تلجأ اليها لتتقوى الحكم بالفوائد . وأجابت المحكمة الادارية العليا على هذا التساؤل في حكمها الصادر في ١٧ يونية سنة ١٩٦٧ (س ١٢ ، ص ١١٦٥) في قضية تتلخص ظروفها فيما يلي : حدث خلاف بين الادارة وبين المفاوض حول المبلغ المستحق له نتيجة عملية تقوية أحد الجسور . وعرضت الادارة أن تدفع المقابل للمفاوض على أساس مكعبات معينة « بشرط أن يقر المتعاقد بإبراء ذمة الادارة » فرفض القبول تحت هذا الشرط ، وطالب بمستحققاته أمام القضاء . أخذت محكمة القضاء الاداري بالأساس الذي عرضته الادارة ، ولكنها قضت له بالفائدة القانونية عن المبلغ الذي رفض تسلمه ، على أساس أن اجراءات العرض الحقيقي لا تتفق والنظام الاداري ، لأن اجراءات الدفع الحكومي تستلزم توقيع المدين على نماذج معينة . ولكن المحكمة الادارية العليا لم تأخذ بهذا الدفاع ، ورأت أن الادعاء لو صح يشترط فيه أن تعرض الادارة المبلغ بالطريق الاداري ، دون أن تقيده بأى شرط ، كالتنازل عن مطالبة الدولة بأى شيء ، وأكدت في حكمها المشار اليه المبادئ التالية :

(أ) « ان مناط استحقاق فوائد التأخير أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب ، وأن يتأخر المدين في الوفاء به في الميعاد المحددة بقطع النظر عن وقوع ضرر للدائن من جراء هذا التأخير » .

(ب) « لما كان العرض الحقيقي انما شرع لمواجهة تعنت الدائن ، ورفضه قبول الوفاء المعروض عليه بغير سبب مشروع ، وكان من العدل أن يحمل الدائن على قبول هذا الوفاء حتى تبرأ ذمة المدين من الدين ومن تبعاته بما في ذلك سريان الفوائد ، فان ذلك يقتضي بالضرورة أن يكون العرض خاليا من أى قيد أو شرط لا يستلزمه الدين المعروض . فاذا كان العرض معلقا على شرط لا يستلزمه

الدين المروض أو كان شرطا تعسفيا ، فان من حق الدائن أن يمتنع عن قبول الوفاء ، ولا يعود للمدين أى حق فى حمله على قبوله باجراءات العرض الحقيقى والايداع ، اذ يترتب على هذا الشرط اعتبار العرض غير قائم » .

(ج) « ان أحكام العرض الحقيقى - وهى من قواعد القانون المدنى - انما تقوم على فكرة الوفاء جبرا على الدائن فى حالة امتناعه عن قبول الوفاء بغير موجب ... ولا شك فى أهمية الأخذ بهذه الفكرة فى علاقة الادارة بدائنيها اذا ما أرادت تبرئة ذمتها مما هى مقرة به . بيد أن اتباع اجراءات العرض الحقيقى والايداع المنصوص عليها فى قانون المرافعات فى مجال الروابط الادارية ، رهين بعدم تعارض هذا الأسلوب مع طبيعة هذه الروابط أو القواعد والنظم المالية المتعلقة بالصرف ، ذلك أن اجراءات الصرف الحكومية تقضى بدعوة الدائن للتوقيع على مستندات الصرف بمقر الادارة ليقضى ما هو مقرر به . فان رفض قبول هذه الدعوة أو امتنع عن التوقيع على المستندات ، فان المبالغ المستحقة تعلق بالأمانات على ذمته ، وتلك اجراءات قريبة الشبه باجراءات نظام العرض والايداع ، ويمكن أن تحقق ما يستهدفه نظام العرض والايداع من وفاء الدين جبرا عن الدائن ، ولا يبقى الا جواز استصدار حكم بصحة العرض والايداع ، وهو اجراء قد لا يكون ثمة وجه لتطلبه بالنسبة الى الجهة الادارية بحسبان اجراءاتها محمولة على الصحة بما تكفله من الضمانات الى أن يقوم الدليل على العكس » .

(د) « اذا كان الثابت أن الجهة الادارية - فى الوقت الذى عرضت فيه الدين على الدائن - قد تطلبت أن يوقع اقرارا بقبوله ما تعرضه عليه ويتنازل عن المطالبة بأى حق له قبلها ، فان هذا الشرط يكون تعسفيا لا يستلزمه الدين المروض ، وليس له مسوغ معقول . ويتبنى على ذلك أن عملية المبالغ بالأمانات اللاحق لهذا العرض - بغرض التسليم بقيامه مقام الايداع بخزانة المحكمة - لا يبرىء ذمة الجهة الادارية من الدين »

الفصل الثاني

الحصول على المقابل المالى

١ - هذا الحق من حقوق المتعاقد هو أهم حقوقه على الإطلاق وذلك نظرا لما سبق ذكره من أن المتعاقد يستهدف الربح أصلا . حقيقة ان من العقود الادارية ما ينقلب فيه الوضع ، بحيث يلتزم الأفراد بتقديم مقابل نقدي للادارة كما هو الشأن فى عقود طلب تقديم المعاونة ، وشراء شئ أو استجاره من الادارة ، ولكن فى معظم العقود الأخرى يستهدف المتعاقد الحصول على مقابل نقدي من الادارة .

٢ - ويتخذ هذا المقابل النقدي صورا متعددة : فقد يكون مرتبا شهريا فى حالة عقود التوظيف ، وقد يكون ثمنا للبضائع الموردة ، أو الخدمة المطلوبة ، أو الأشغال المتعاقد على تنفيذها ... الخ .

ولكن الفقه يميز بين نوعين من المقابل النقدي ، وذلك وفقا لنوع الخدمة التى يلتزم المتعاقد بتقديمها :

فاذا كان المتعاقد يؤدى الخدمة للادارة مباشرة ، فان الادارة هى التى تلتزم بأداء المقابل النقدي للمتعاقد . ويتخذ المقابل فى هذه الحالة صورا مختلفة وفقا لطبيعة العقد : فهو ثمن (prix) فى حالة عقود التوريد والأشغال والنقل وما جرى مجراها . وهو مرتب فى حالة عقود التوظيف وما شابهها . وهو فائدة فى حالة عقد القرض ... الخ .

أما اذا كان المتعاقد يؤدى الخدمة للجمهور مباشرة - كما هو

الشان فى عقد الامتياز - فانه يحصل على المقابل النقدى فى صورة رسوم يتقاضاها من المنتفعين^(١) .

وقد يصعب المقابل المالى المقرر للمتعاقدين بصفة أصلية (كالثمن أو الرسوم مثلا) مزايا مالية أخرى ، كضمان حد أدنى من الربح ، أو التزام الادارة باقراض المتعاقدين مبالغ فى حدود معينة ، أو ضمانه لدى البنوك فى الحصول على بعض القروض ... الخ . وتندرج هذه المزايا تحت عنوان المقابل المالى للمتعاقدين ، وتلتزم الادارة بالوفاء بها أيضا .

واذا كان الفقهاء قد ميزوا بين الثمن - وما يجرى مجراه - وبين الرسم فى حالة عقد الامتياز ، فان مرجع ذلك الى اختلاف الطبيعة القانونية لكل منها كما سنرى .

٣ - والمسلم به أن الشروط التى تتعلق بتحديد المقابل النقدى فى العقد هى - بصفة عامة - شروط تعاقدية (de nature contractuelle) ومن ثم لا تستطيع الادارة أن تمسها بالتعديل دون موافقة الطرف الآخر . ولكن يرد على هذا المبدأ استثناءان هامين :

الأول : يتعلق بمقود الامتياز : ولقد سبق أن ذكرنا أن الشروط المتعلقة بتحديد الرسم فى عقود الامتياز هى من قبيل الشروط اللائحية لا التعاقدية ، ولهذا سميت « رسما » لا أجرا ، وبالتالي تستطيع الادارة أن تعدلها بإرادتها المنفردة ، ودون حاجة لرضاء المتعاقدين .

(١) وقد يحدث أن يؤدى المتعاقد الخدمة للجمهور ، ومع ذلك فانه يحصل على المقابل النقدى من الادارة ، كما هو الشأن فى ادارة المرفق العام عن طريق الاستغلال غير المباشر (أو مضاطرة الاستغلال (La régie intéressée) .
راجع فى التفاصيل مؤلفنا « مبادئ القانون الإدارى » فى أى من طبعاته المتمدة حيث ناقشنا طبيعة المقابل الذى يتقاضاه الملتزم من المنتفعين ، وهل هو رسم أو أجر .

والثاني : خاص بالعقود التى تؤدى وظيفة الأعمال الشرطية ، وفقا للفكرة التى أشرنا إليها فى مطلع هذا القسم . فهذه العقود لا يتولد عنها مراكز شخصية أو ذاتية فحسب ، وإنما تستند الى التعاقد مراكز نظامية أيضا . ومن أوضح الأمثلة لها - فيما يعنينا - عقود التوظيف ، فهذه العقود ، كما ذكرنا ، أصبحت بمثابة أداة للتعيين . أما مركز الموظف التعاقدى فقد غدا لائحيا الى حد كبير . فإذا كان المركز اللائحى للموظف - كما هو مشاهد غالبا - قد نظم مرتب الموظف التعاقدى ، فإن هذا المرتب يصبح تابعا للمركز النظامى ، وبالتالي يمكن أن تعدله الإدارة بالنقص أو بالزيادة فيسرى التعديل الجديد على الموظفين القدامى . ولقد سبق أن أوردنا قضاء مجلس الدولة المصرى فى هذا الصدد .

٤ - ولكن ما مدى جمود الشروط التعاقدية المتعلقة بالمقابل النقدى ؟! . لا تستطيع الإدارة أن تعدل تلك الشروط بأرادتها المنفردة كما ذكرنا . وأساس حصانة تلك الشروط أو جمودها (L'intangibilité) اعتباران : الأول عملى ، ومرجهه الى نفور الأفراد من التعاقد مع الإدارة فيما لو أمكنها أن تعدل هذه المزايا التى يعتمد عليها المتعاقد رغم ارادته . والثانى قانونى ومرده الى أساس حق الإدارة فى التعديل . فسلطة التعديل - كما رأينا - تستند الى مقتضيات سير المرافق العامة . وبالتالي ، فإنها لا تنصب الا على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق ، وليس من بينها تلك التى تحدد المقابل النقدى فى العقد . ولهذا فإن استقرار تلك الشروط عام ، وواسع المدى : فهو لا يقتصر على الثمن أو الأجر أو الفائدة ، ولكنه يشمل كل شرط يضمن فائدة اقتصادية للمتعاقد ، كالضمانات والقروض ، ومدة العقد ، وطريقة الدفع ، والتسهيلات فى التنفيذ ، وضمان عدم المنافسة . . . الخ . ومن أحكام المحكمة الادارية العليا فى هذا الصدد ، حكمها الصادر فى ٢٧ أبريل لسنة ١٩٦٨ (من ١٣ ، ص ٨٣٢) فقد تماقتت محافظة القاهرة مع أحد الأفراد على توريد نخيل ، ونص فى العقد على أن يدفع للمورد ثمن نصف

النخيل عقب زراعته مباشرة . قام المتعاقد بتوريد النخيل - طبقا للمواصفات - وبزراعته ، وطالب المحافظة بأن تدفع له نصف الثمن المتفق عليه ، ولكن المحافظة رفضت ، بحجة أن نسبة النجاح فى النخيل ضئيلة ، وأن على المورد أن يقوم « بترقيع » النخيل الذى لم ينبجح . ولكن كلا من محكمة القضاء الادارى والمحكمة الادارية العليا رفضت مسلك الادارة على أساس أن نصوص العقد صريحة فى وجوب دفع نصف الثمن مقابل التوريد والزراعة . أما عدم نجاح النخيل ، وضرورة تربيته ، فتواجهه نصوص أخرى .

ولكن حصانة تلك الشروط انما تتقرر فى مواجهة الادارة . أما بالنسبة الى المشرع ، فقد لوحظ أنه كثيرا ما يتدخل فى مجال عقود الادارة فى فرنسا . ومن صور تدخله :

(١) أن يصدر قانونا خاصا بمقد معين أو بطائفة معينة من العقود ، متضمنا تعديل أحكامها .

(ب) وقد يصدر قانون عام ، لا يتعلق بالمقود مباشرة ، ولكنه يعدل المقود بطريق غير مباشر .

(ج) وقد يخول المشرع الادارة سلطات خاصة فيما يتعلق بتنفيذ التزاماتها التعاقدية ، فيمكنها من تعديل تلك الشروط التعاقدية^(١) .

ولقد أثار الفقيه جيز مبدأ عدم دستورية هذه القوانين ، لاسيما تلك التى تصدر بخصوص عقد أو طائفة معينة من العقود ، ذلك أنه يرى أن المشرع ملتزم بالأا يمس المقود^(٢) . ولكن هذا الرأى لم يجد له صدق فى القضاء الفرنسى ، نظرا لما يسلم به هذا القضاء من انكار حقه فى رقابة دستورية القوانين . ومن ثم فقد انحصر حق المتعاقد فى التعويض .

(١) راجع أمثلة لهذه القوانين ، فى مطول دى لوبادير فى المقود ، الجزء الثانى ، ص ٢٨ وما بعدها .

(٢) راجع مقاله فى مجلة القانون العام ، سنة ١٩٤٠ ص ٥٩ حيث يقول :
« Le législateur a l'obligation de ne pas porter atteinte au titre spécial contractuel ».

ولم يثر هذا الموضوع أمام القضاء الإدارى المصرى وان كان
المشرع كثيرا ما يتدخل فى مجال العقود لا سيما أثناء الحروب
والأزمات الاقتصادية ، وذلك بتأجيل الدفع ، أو بتعطيل شرط
الذهب . . . الخ وسوف نعود الى هذا الموضوع مرة أخرى عند تصدينا
لدراسة نظرية عمل الأمير .

٥ - ومهما كانت الصور التى يتقنها المقابل النقدي فى العقود
الإدارية ، فان أشهرها وأهمها فى العمل صورتان : هما الثمن ،
والرسم . ومن ثم فالتنا ندرسهما بشيء من التفصيل .

المبحث الأول

الثمن

يتخذ المقابل النقدي في معظم العقود الادارية المعروفة صورة الثمن ، كما هو الشأن في عقود الأشغال العامة والتوريد والنقل . وفيما يلي نعرض أولا لكيفية تحديد الثمن ، ثم لطريقة تسديده .

الفرع الأول

تحديد الثمن

١ - الأصل أن يحدد الثمن في العقد الادارى باتفاق بين الادارة والمتعاقد معها . ولهذا قلنا ان الشرط الخاص بتحديد الثمن يعتبر شرطا تماقديا، بل هو الشرط التعاقدى الاصيل (La clause contractuelle essentielle) وقد يحدد الثمن بمقتضى شرط يدرج في صلب العقد ، أو بمقتضى وثائق مستقلة تلحق بالعقد .

٢ - والأصل أن يحدد الثمن برقم محدد (Le prix chiffré) لكن قد يحدد الثمن بطريقة أخرى كالأحالة الى عناصر خارجة عن العقد ، ومثال ذلك الاتفاق على اتخاذ الأسعار السائدة في وقت محدد أساسا للمحاسبة^(١) Le prix en vigueur à date déterminée) وقد يتخذ متوسط السعر في المناقصات خلال العام السابق على التعاقد كأساس للمحاسبة في عقود معينة^(٢) . الخ .

وتختلف طريقة تحديد السعر وفقا لطبيعة العقد : ففي عقد الأشغال العامة مثلا ، قد يحدد المتعاقدان سعرا اجماليا للعملية كلها (Le marché à forfait) وقد يحددان سعرا لكل نوع من الأعمال التي

(١) حكم المجلس الصادر في ٢٦ اكتوبر سنة ١٩٤٥ فى قضية «Sté La lampe rationnelles» المجموعة ص ٢١٥ .

(٢) «Prix moyens resultant des adjudication annuelles passées pour les marchés dans un certain nombre de places désignées».

حكم المجلس الصادر فى ٢ يونية سنة ١٩٣٧ فى قضية «Chouvel» المجموعة ص ٥٤٦ .

يقوم عليها المشروع (Les marchés sur séries de prix) وقد يحدد السعر بحسب وحدة معينة من وحدات القياس كالمتر المربع (Les marchés sur devis ou à l'unité de mesure)

وفى عقود التوريد ، قد يحدد السعر للكمية المطلوب توريدها (M. à forfait) وقد يحدد وفقا لنوع السلع المطلوب توريدها بحيث يحدد سعر كل سلعة على حدة (M. avec série de prix) .

٣ - ولكن مامدى حرية المتعاقدين فى تحديد السعر ؟! الأصل أن الإدارة والمتعاقد معها يتمتعان بحرية تحديد السعر ، وفقا للقواعد التشريعية المقررة . والملاحظ فى هذا الصدد أن ثمة نوعين من القيود العامة ترد فى هذا الخصوص :

(أ) الطائفة الأولى من القيود : وردت فى لائحة المناقصات والمزايدات ومنها المواد :

المادة ٢٩ : والتي توجب عند البت فى العطاء أن تسترشد اللجنة بالأثمان الأخيرة السابق التعامل بها محليا أو خارجيا ، كما توجب بيان هذه الأثمان بكشف التفريغ ، مع ذكر تاريخ التعامل ، وأن يسترشد بأسعار السوق ، كما تستلزم حساب الأسعار على قاعدة واحدة ، هى قاعدة تسليم الأصناف بمخازن الجهة الادارية خالصة جميع المصروفات والرسوم ، مع مراعاة أسعار النقد الأجنبى ومصاريف تحويل العملة وغيرها .

المادة ٥٤ : وقد تضمنت شروطا كثيرة ومفصلة فى اعداد قائمة الأسعار (جدول الفئات) من أهمها :

(أ) كتابة الأسعار بالمداد بالعملة المصرية رقما وحروفا باللغة العربية ، ويجوز فى حالة تقديم العطاء من فرد أو شركة فى الخارج أن تكتب الأسعار بالعملة الأجنبية مع ذكر ما تساويه بالعملة المصرية .

(ب) منع الكشط أو المحو ، وكل تصحيح فى الأسعار يجب اعادة كتابته بالمداد رقما وحرفا وتوقيعه .

(ج) لا يجوز لمقدم العطاء شطب أى بند من بنوده أو من المواصفات الفنية أو اجراء تعديل فيها . « وإذا رغب فى وضع اشتراطات خاصة أو اجراء تعديلات أن يتيمها فى كتاب مرافق لعطاءه على أن يشير الى هذا الكتاب فى العطاء نفسه أو أن يرسل التعديل بعد ذلك بكتاب على أن يصل قبل فتح المظاريف » ولا يلتفت الى أى ادعاء من صاحب العطاء بحصول خطأ فى عطائه اذا قدم بعد فتح المظاريف .

(د) فى مناقصات توريد الأصناف ، اذا لم يحدد سعر صنف ، فيعتبر ذلك امتناعا من المناقص عن الدخول فى هذا الصنف . أما فى مقاولات الأعمال فقد جعلت اللائحة الادارة بالخيار بين استبعاد العطاء ، وبين أن أن تضع للبند المسكوت عنه أعلى فئة فى العطاءات المقدمة « فاذا أرسيت عليه المناقصة فيعتبر أنه ارتضى المعاسبة على أساس أقل فئة لهذا البند فى العطاءات المقدمة دون أن يكون له حق المنازعة فى ذلك » .

(هـ) يجب أن يوضح فى قائمة الأسعار ما اذا كان الصنف مصنوعا فى مصر أو فى الخارج « ويترتب على عدم صحة هذه البيانات كلها أو بعضها رفض الصنف علاوة على شطب اسم مقدم العطاء من بين متمهدى الحكومة » .

(و) تشمل الفئات المحددة جميع المصروفات والالتزامات المتعلقة بتنفيذ العقد « بصرف النظر عن تقلبات السوق والعملية والتعريفات الجمركية ورسوم الانتاج وغيرها من الرسوم الأخرى » .

المادة ٦٢ : وتغول الادارة الحق فى مراجعة الأسعار المقدمة ، سواء من حيث مفرداتها أو مجموعها واجراء التصحيحات المادية اذا اقتضى الأمر ذلك « ويعول على السعر المبين بالحروف ، ولا يعتد بالعطاء المبني على خفض نسبة مئوية عن أقل عطاء يقدم فى المناقصة » .

المادة ٦٣ : وتقضى بأن العطاءات المقترنة بتسهيلات ائتمانية من مقدميها تكون محل اعتبار عند البت فى أولوية العطاءات .

المادة ٩١ : والتي توجب صرف ثمن الأصناف الموردة في خلال خمسة عشر يوم عمل على الأكثر تحسب من تاريخ اليوم التالى لاتمام اجراءات التحليل الكيمياءى أو الفحص الفنى .

المادة ١٠٧ : وائتى تنظم كيفية بيع الأصناف التى تريد الادارة بيعها وقواعد تحديد أسعارها ، وذلك عن طريق تشكيل لجنة . وعلى اللجنة أن تسترشد بأثمان البيع السابق ، وبحالة السوق مع مراعاة حالة الأصناف وتكلفة الحصول عليها ، وعمرها الاستعمالى والنسب المقررة لاهلاكها « وغيرها من عناصر تقدير الثمن بما يكفل تحقيق المصلحة المالية للدولة » .

(ب) أما الطائفة الثانية من القيود : فمردها الى تدخل المشرع المتزايد فى مجال تحديد الأسعار ، بفرض تسعيرة رسمية . والمسلم به أن النصوص المقررة فى هذا الصدد لا يخضع لها الأفراد فحسب وانما تخضع لها الادارة فى عقودها أيضا ، ذلك أن تلك النصوص أمرة ، وتتعلق بالنظام العام وبالتالي لا يمكن الخروج عليها^(١) .

وقد ورد تطبيق لهذا المبدأ فى المادة ١١٢ من اللائحة الجديدة (والتي تقابل المادة ١٤٩ من اللائحة الملغاة) حيث تقول :

مادة ١١٢ : يكون بيع الأصناف المسعرة جبريا بطريق المزايدة بمظاريف مغلقة ويذكر فى الاعلان أن البيع يكون بالسمر الجبرى لصاحب المطام الأول غير المقترن بتحفظات الذى يقدم عن الكمية كلها . وانه فى حالة عدم وجود عطاءات من هذا القبيل سيفضل العطاء المقدم عن أكبر كمية من الصنف ، ثم ما يليه من عطاءات

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٧ يوليو سنة ١٩٥٠ فى قضية «Dilly» المجموعة ص ٤٤٣ . وقد جاء فيه :

«Il résulte de l'ordonnance du 30 juin qu'elle a une portée générale ; aucune disposition de ladite ordonnance ne soustrait les marchés administratifs à l'application de la législation sur les prix».

وراجع حكمه الصادر فى ٢٦ يوليو سنة ١٩٤٤ فى قضية «Ali Tur» المجموعة ص ٢١٧ وفيها أعلن بطلان الشرط الذى تمهدت فيه الادارة بدفع سعر أعلا من السعر المقرر رسميا ، وان كان المجلس قد أعلن مسئولية الادارة عن ذلك مسئولية مخففة لأن المتعاقد الآخر مقروض فيه أن يعلم بالسمر الرسمى .

مرتبة ترتيبا تنازليا فيما يتعلق بالكمية المطلوب شراؤها وترتيبها زمنيا لوصول الطلبات المتحدة في الكمية بحث يفضل أقدمها تاريخا ويشترط أن تكون العطاءات مصحوبة بتأمين تحدد جهة الادارة نسبه من السعر الجبرى المقرر للصنف مع تحديد آخر ميعاد لقبول الطلبات .

وبمجرد حلول هذا الميعاد تتولى لجنة فتح المظاريف فتحها ، ثم تفرغ العطاءات وتعرض نتيجة التفريغ على لجنة البت فى العطاءات للبت فيها وفقا للقواعد الواردة فى اعلان النشر .

أما ما لم تستطع جهة الادارة بيعه بالسعر الجبرى فتتخذ نحره الاجراءات المقررة للبيع بالمزاد العلنى على أن يكون السعر الجبرى هو الحد الاقصى عند البيع بالمزاد .

واذا كانت الادارة والمتعاقد معها ملزمين باحترام السعر الرسمى ، فان ذلك لا يقيد حريتها فى التعاقد بسعر أقل منه . وقد صدرت من قسم الرأى بعض الفتاوى القديمة فى هذا الخصوص منها:

فتوى قسم الرأى مجتمعا الصادرة فى ١٩٤٨/١/٢٤ (برقم ٥٤ مكرر)^(١) ، وقد جاء فيها « استعرض قسم الرأى مجتمعا موضوع مدى تأثير التسعير الجبرى على الثمن المتفق عليه فى العقود ، وانتهى الى أن التسعير الجبرى - وهو عمل تشريعى واجب التنفيذ - انما يعين الحد الأقصى للأسعار فلا يجوز التعامل بأكثر منه ، كما أن التسعير الجبرى لا يسرى على العقود والمعاملات التى تمت قبل صدوره وانما يسرى على ما يبرم بعد صدوره ، وكذلك يسرى على العقود الممتدة مثل عقود التوريد بالنسبة الى الكميات التى تورد بعد ادراج الصنف فى جدول التسعير الجبرى ... »^(٢) .

(١) مجموعة الأستاذ أبو شاذى ، ص ٢٣٥ .

(٢) واستطردت الفتوى قائلة : « ... الا أن الأخذ بهذا المبدأ الأساسى لا يحول دون الرجوع الى ادارة الرأى المختصة فى كل حالة على حدة لدراستها وابداء الرأى فيها طبقا لظروفها وملايساتها اذ قد يحدث مثلا أن يتقدم المعهد بمستندات تثبت أنه قد اشترى الصنف جميعه وخزنه لديه عند التعاقد ، وقبل التوريد وصدور التسعيرة الجبرية » .

ولكن قسم الرأى مجتمعاً لم يعمل المبدأ الذى تضمنته فتواه السابقة ، وخرج عليه فى فتوى أخرى أحدث صادرة فى ١٤/١٠/١٩٥١^(١) . وتتلخص ظروف الفتوى فيما يلى : - تعاقدت إحدى الوزارات مع أحد الموردين على توريد كميات من المسلى ، على أن يكون التوريد حسب الطلب ، وكان ذلك فى أول مايو سنة ١٩٤٦ . وفى ٢٨ ديسمبر من ذات العام أدرج المسلى فى جدول التسعيرة بسعر يزيد كثيراً عن السعر المتفق عليه فى العقد . وطلب من المتعهد أن يورد كميات من المسلى ابتداء من ١٠ يناير سنة ١٩٤٧ . فطالب بأن يتم الحساب على أساس السعر المقرر بالتسعيرة ، وهو ما يتفق مع فتوى قسم الرأى الأول ، على أساس أن العقد فى هذه الحالة من العقود الممتدة . والغريب أن الوزارة قد أقرت المتعاقد على رأيه ، وحاسبته على أساس التسعيرة . ولكن كلا من إدارة الرأى وقسم الرأى مجتمعاً ذهباً الى العكس ، وقالوا بوجود استرداد فرق السعر منه على أساس محاسبته على السعر الوارد فى العقد . لأن هذه الأسعار قد تضمنها عقد مبرم بتاريخ سابق على ادخال الصنف فى التسعيرة ، وإن ادخاله فيها كان بعد انقضاء ثلاثة أرباع العام المتعاقد على التوريد فيه ، كما أن البند الأول من قائمة الأثمان قد نص على أنه لا يحق للمتعهد أن يطالب بأية زيادة فى أسعار عطائية تنتج من تقلبات الأسعار وزيادتها فى السوق ، وأن الوزارة لن تلتفت لمثل هذه الأسباب ، وهذه الفتوى الثانية محل نظر ، لأن تفاوت الأسعار فى السوق شئ ، وتحديد سعر السلعة على أساس التسعير الجبرى شئ آخر . ولهذا فأننا مع المبدأ الذى ورد فى الفتوى الأولى . وسوف نمود الى هذا الموضوع عند دراسة نظرية عمل الأمير .

٤ - ويعتبر أن السعر قد حدد بصفة نهائية منذ اللحظة التى يتم فيها إبرام العقد ، بحيث لا يعتد بالظروف التى تسبق تلك

اللحظة أو تأتي بعدها^(١) . ومن هذه اللحظة أيضا يستقر السعر ، ويصبح ملزما للطرفين ، فالتعاقد لا يستطيع أن يتحلل منه بحجة أنه أخطأ في الحساب أو لم يقدر الظروف تقديرا جيدا^(٢) . وهذه القاعدة تصدق بالنسبة الى الادارة أيضا^(٣) .

ولا يقصد بذلك بطبيعة الحال الأخطاء المادية التي قد تقع من الطرفين في عملية الحساب أو كمية الأعمال ، وقد نصت المادة ٢٥ من اللائحة الجديدة على أنه « اذا شكنا مقدم العطاء من حصول خطأ مادي في عطائه ، فيكون الفصل في الشكاوى من اختصاص لجنة البيت والوزير المختص بعد استطلاع رأى الجهة المختصة في مجلس الدولة اذا اقتضى الأمر ذلك » .

ثم انه لا يجوز للمتعاقد المطالبة بفرق سعر مرجعه الى ارتفاع تكاليف لمعيشة أو الأسهمار بعد التعاقد^(٤) . ولا يحق له أيضا الاحتجاج بأن الادارة قد دفعت سمرا أعلى في حالات أخرى مماثلة^(٥) ، أو أن القيمة الحقيقية للسلع الموردة تزيد على السعر المتفق عليه في العقد^(٦) . وبصفة عامة ليس للمتعاقد أن يطالب بزيادة في السعر على أساس اعتبارات العدالة (considérations d'équité) وكما يقيد السعر المتفق عليه المتعاقد ، فانه يقيد الادارة ، وبالتالي يفلت من سلطتها في التعديل كما ذكرنا ، بحيث لا تستطيع أن تعدل في فئاته ، ولا في كيفية الوفاء به .

(١) حكم المجلس الصادر في ١٧ يناير سنة ١٩٥١ في قضية «Ville de Joinville le Pont» المجموعة ص ٢٤ .

(٢) حكم المجلس الصادر في ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤٨ في قضية «Antoine» المجموعة ص ٩٣٩ .

(٣) حكم المجلس الصادر في ٢١ مايو سنة ١٩٤٨ في قضية «Coopérative productions» المجموعة ص ٦٤١ .

(٤) حكم المجلس في ٥ فبراير سنة ١٩٣١ في قضية «Ancona» المجموعة ص ١٣٧ وفي ٥ يونيو سنة ١٩٤٢ في قضية «Etabl-Bance» المجموعة ص ١٩١ .

(٥) حكم المجلس في ٩ مارس سنة ١٩٥١ في قضية «Didonnas» المجموعة ص ١٤٨ .

(٦) حكم المجلس في ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ في قضية «Assoc. synd propriétaires de Bernières» المجموعة ص ٥٦ .

ولكن استقرار السعر المتفق عليه في العقد ، لايعنى جموده المطلق ، بل يجوز تعديل السعر الأصلي بأحدى وسيلتين :

الأولى : باتفاق بين الادارة والمتعاقد ، وحينئذ يجب أن تكون نية التعديل قاطعة ، وأن توافق على التعديل ، السلطة المختصة بإبرام العقد الأصلي^(١) .

هذا وقد أقرت المحكمة الادارية العليا بحرية المتعاقدين في تديد السعر - في غير ما يتصل بالنظام العام بطبيعة الحال - وذلك في حكمها الصادر في ١٧ يناير سنة ١٩٧٠ (س ١٥ ، ص ١٤٦) في قضية تتخلص ظروفها فيما يلي : تعاقدت وزارة التربية والتعليم مع احدى الشركات على توريد آلات من الخارج . وخلال المدة التي يجوز فيها التوريد ، قررت فروق علاوة تحويل العملة بنسبة ٢٠٪ تقدمت الشركة الى الوزارة طالبة اعفاءها من الزيادة في السعر ، ولكن الادارة رفضت ، فتقدمت الشركة بطلب تخير فيه الادارة بين أحد حلول ثلاثة : اما اعفاء الشركة من العلاوة ، واما أن تسدها الشركة نيابة عن الوزارة ثم تستردها ، واما أن تعفى الشركة من التوريد بلا مسئولية . فقبلت الادارة الحل الثاني ، ولكن بعد أن تم التوريد رفضت الادارة الدفع استنادا الى المادة ٤٣ من لائحة المناقصات والمزايدات القديمة . ولكن المحكمة الادارية العليا ألزمت الادارة بالدفع مقررة « أن الثمن الذي يتحدد باتفاق في العقود الادارية ، وان كان يقيد كأصل عام طرفيه ، الا أن ذلك لا يمنع قانونا من الاتفاق على تعديله ... واذ صدر هذا التعديل عن السلطة المختصة التي أبرمت العقد الأصلي ، فان التعديل يكون قد استوفى شرائطه القانونية وواجب النفاذ ... وأنه ليس ثمة حظر من قانون أو نظام عام على أن ينطوى الثمن في العقود الادارية على فروق علاوة تحويل العملة أو ما في حكمها ، فلا مخالفة - والحالة

(١) حكم المجلس الصادر في ١٢ يناير سنة ١٩٢٢ في قضية «Moros» المجموعة ص ٢٣ .
(٢ - ٢٨ العقود الادارية)

هذه - فى اتفاق طرفى العقد على زيادة الثمن بما يوازى قيمة هذه العلوة» (١) .

الثانية : أن يصدر قانون بتعديل الأسعار أو بتحويل أحد الطرفين المتعاقدين الحق فى المطالبة بتعديل السعر المتفق عليه أصلا .

٥ - ويحدث أحيانا ألا يتضمن العقد كيفية تحديد الثمن ، وذلك فى حالات منها :

(أ) أن تطلب الإدارة - فى حالة التعاقد بأمر مباشر - من متعهد أن يورد سلعا معينة على أن يقدم فاتورة الحساب فيما بعد . وحينئذ يلجأ الى الطريقة المقررة تشريعيا لتحديد الثمن ، والا حدد بناء على سعر السوق وقت الشراء .

(ب) أن تأمر الإدارة المفاوض (أو المورد) بتنفيذ أكثر مما اتفق عليه فى العقد . ويختلف الوضع فى هذه الحالة وفقا لما اذا كانت تلك الزيادة من جنس موضوع العقد الأصلي ، وهنا يطبق السعر الأصلي ، أو كانت تختلف عنها ، فيقدر السعر بطريقة جديدة .

(ج) وقد تضمنت الفقرة الرابعة من المادة ٥٤ من اللائحة الجديدة (والى تقابل ذات الفقرة من المادة ٣٦ من اللائحة الملغاة) حكما خاصا بسكوت المناقص عن تحديد سعر للبضائع أو الأعمال موضوع التعاقد حيث تقول : « واذا سكت مقدم العطاءات فى مناقصات توريد الأصناف عن تحديد سعر صنف من الأصناف المطلوب توريدها بقائمة الأسعار المقدمة منه ، فيعتبر ذلك امتناعا منه عن الدخول فى المناقصة بانسبة الى هذا الصنف . أما فى مقاولات الأعمال ، فلجهة الإدارة - مع الاحتفاظ بالحق فى استبعاد العطاء - أن تضع للبند الذى سكت مقدم العطاء عن تحديد قيمته أعلى فئة لهذا البند فى العطاءات المقدمة ، وذلك للمقارنة بينه وبين سائر العطاءات . فإذا أرست

(١) كما قضت المحكمة الإدارية العليا للشركة المدنية بالفوائد القانونية بواقع ٤٪ من تاريخ المطالبة القضائية .

عليه المناقصة فيعتبر أنه ارتضى المحاسبة على أساس أقل فئة لهذا
البند في المطءات المقدمة ، دون أن يكون له حق المنازعة في
ذلك » .

(د) وأخيرا هناك حالة الأعمال الزائدة التي يقوم بها المتعاقد
دون أن تطلبها منه الإدارة صراحة : وأظهر ما تكون هذه الحالة ،
في عقد الأشغال العامة . ولكن ليس هناك ما يحول دون تطبيق
القواعد التي قررها القضاء بمناسبة تنفيذ هذا العقد ، على غيره
من العقود .

والأصل المقرر في هذا الصدد ، أن يقتصر المتعاقد على تنفيذ
الأعمال المطلوبة منه دون غيرها . وليس له أن يضيف إليها من
عنده . فإذا أخل بهذا الالتزام كان عليه أن يتحمل نتيجة خطئه .
ولكن مجلس الدولة الفرنسي يلطف من حدة هذه القاعدة من عدة
نواح ، فيجيز للمتعاقد الذي نفذ أكثر من التزاماته المقررة بالمقد ،
المطالبة بمقابل هذه الزيادة في الحالات الآتية :

أولا : حالة الأعمال الضرورية (Les travaux nécessaires) وهي
أعمال لم ينص عليها في العقد ، ولكن يتبين أثناء التنفيذ أنها
ضرورية لحسن تنفيذ المشروع ، وفقا لقواعد الفن المرعية . وإذا
كان مجلس الدولة الفرنسي يعوض عن هذه الأعمال ، فإن أحكامه
تشترط الضرورة صراحة ، وتنص مثلا على أن الأعمال الزائدة
« لا غنى عنها » ^(١) (indispensable) أو أنها تمثل « ضرورة حتمية » ^(٢)
(d'absolue nécessité) لكنه في أحكام أخرى يكتفى بالضرورة المجردة ^(٣) .

(١) حكم المجلس الصادر في ١٨ أبريل ١٩٤٥ في قضية «Oréfi» المجموعة
ص ٧٨ وفي ٢٢ يونية سنة ١٩٤٥ في قضية «Belvéry» المجموعة ص ١٢٣ .
(٢) حكمه في أول أبريل سنة ١٩٢٧ في قضية «Doerénbechers» المجموعة
ص ٤٤٠ وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ في قضية «Brunet» المجموعة ص ١٥٥٣ وفي
٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ في قضية «Savi» المجموعة ص ١١٤٥ .

(٣) حكمه في ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ في قضية «Commune de Teyran»
المجموعة ص ٤٨٧ ، وفي ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ في قضية «Poloux» المجموعة ص
١٣٦٧ وفي ٩ فبراير سنة ١٩٥١ في قضية «Ville de Nice» المجموعة ص ٨٠ .

ويتخذ المجلس من اعتراف الادارة دليلا على تلك الضرورة^(١) .
وأحيانا يكتفى بأن الادارة لم تجادل في صفة الضرورة التي تتسم
بها الأعمال^(٢) .

وإذا تقررت صفة الضرورة للعمل الزائد الذي قام به المتعاقد ،
فانه يضمن على الادارة أن تدفع له مقابل هذه الزيادة على أساس
السعر المتفق عليه في العقد للأعمال الأصلية^(٣) .

ثانيا - حالة الأعمال المفيدة (Les travaux utiles) وهي أعمال
لا تستلزمها ضرورة ملحة كما في الحالة السابقة ، ولكن تنفيذها يعود
على الادارة بفائدة لا شك فيها . وفي هذه الحالة ، يعرض مجلس
الدولة الفرنسي عنها بشرط ألا تكون الادارة قد اعترضت عى تنفيذ
الأعمال الزائدة^(٤) .

فإذا تقررت صفة النفع للأعمال الزائدة ، فان مجلس الدولة
الفرنسي يعرض عنها ، لا على أساس المقرر في حالة الأعمال
الضرورية ، ولكن على أساس ما عاد على الادارة من فائدة^(٥) ، ذلك
أن مسئولية الادارة في هذه الحالة انما ترجع الى فكرة الاثراء بلا
سبب ، بعكس الأعمال الضرورية التي تعتبر من قبيل الامتداد

(١) حكمه في قضية «Ville de Nice» المشار اليه في الهامش السابق .
(٢) حكمه في ٥ أغسطس سنة ١٩١٠ في قضية «Grouvelles» المجموعة ص

٨٢١

(٣) حكمه في ١١ يونيو سنة ١٩٤٢ في قضية «Grands travaux de Marseille»
المجموعة ص ١٤٨ .

(٤) حكم المجلس الصادر في ١٠ مارس سنة ١٩٤٤ في قضية «Pelou» المجموعة
ص ٨٨ حيث يقول :

«Il résulte de l'instruction que les travaux dont il s'agit présentait un caractère
d'utilité pour la commune et que les autorités communales qui ont été à même de
les suivre ne sont pas opposées à leur exécution; ladite commune, ayant bénéficié
de ces travaux est tenue d'en indemniser le requérant dans la mesure du profit qu'il
en a retiré».

«Profit que l'administration a retiré des travaux».

(٥)

حكمه الصادر في قضية «Pelou» المشار اليها في الهامش السابق ، وفي

أبريل سنة ١٩٢٢ في قضية «Tardys» المجموعة ص ٢٢٥ .

للمقد، وفقا للنية المفترضة للطرفين (L'intention présumée des parties) ذلك أنه يفترض أن المتعاقدين قد رضيا مقدما بأن يقوم المتعاقد بتنفيذ جميع الأعمال اللازمة للمشروع المتفق عليه^(١) .

٦ - وبالنظر الى كثرة الأعمال العامة التي تتطلبها خطة التنمية ، فان بعض شركات القطاع العام قد لا تتحمس للدخول في المناقصات العامة التي تجريها الدولة لسبب أو لآخر ، أو تقدم أسعارا مغالى فيها اعتمادا على ضعف عنصر المنافسة . ولهذه الأسباب ، صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٦٢ (في شأن تنفيذ أعمال خطة التنمية الاقتصادية) وهو يجيز في مادته الأولى لوزير الاسكان والمرافق أن يكلف أيما من شركات أو منشآت المقاولات الداخلة في القطاع العام ، بتنفيذ الأعمال اللازمة لخطة التنمية الاقتصادية . كما أنه ينص في مادته الثانية ، على محاسبة هذه الشركات على ما تقوم به من أعمال بالطريقة التالية : « تتم محاسبة الشركات المذكورة على أعمالها اللازمة لتنفيذ الأوامر الصادرة اليها طبقا للأسعار التي تحددها لجان تشكل بقرار من وزير الاسكان والمرافق وتكون قرارات هذه اللجنة نافذة بمد اعتمادها من وزير الاسكان والمرافق » .

ولكن يلاحظ أن العمل المهود به الى شركات القطاع العام في هذه الصورة ، لا يتم عن طريق عقد ، ولكن بطريق التكاليف الادارى أى بقرار ادارى ، مما يخرج به عن نطاق الدراسات الخاصة بالمعقود ، والتي يتحمل فيها المتعاقد التزاماته برضائه . ولكن هذه الحالة تكشف - للمرة الثانية - عن الحاجة الى تنظيم عنصر المنافسة في نطاق القطاع العام ، وهو الأمر الذى أشرنا اليه أكثر من مرة .

(١) جيز ، مؤلفه السابق فى المعقود ، الجزء الثانى ، ص ٦٧٤ . ومطول دى لويادير فى المعقود ، الجزء الثانى ، ص ٢٢٣ . وإن كان هذا الفقيه الأخير ، قد أضاف الى فكرة النية المشتركة للطرفين ، فكرة الفضالة (La gestion d'affaire)

الفرع الثانى

تسديد الثمن

١ - يهيم على موضوع تسديد الثمن القاعدة العامة المتبعة فى حسابات الدولة ، وهى أن الدفع لا يكون الا بعد اداء الخدمة (Paim) ent après service fait) ويترتب على تطبيق هذه القاعدة تطبيقا حرفيا ، أنه يتمين على المتعاقد مع الادارة أن ينجز جميع التزاماته قبل المطالبة بمستحققاته قبل الادارة . ولكن الملاحظ عملا أن المتعاقد قد يلتزم بانفاق مبالغ طائلة فى سبيل اتمام المشروع محل التعاقد ، أو استرداد البضائع المطلوب توريدها . الخ وقد يستغرق التنفيذ مددا طويلة ، ومن ثم فقد لطف العمل من حدة القاعدة السابقة . فاحيانا تنص العقود على التزام الادارة بدفع جزء من الثمن يقابل جزءا من الخدمة التى أدت ، كثمن البضائع التى وردت فعلا ، أو ما تم تنفيذه من عمل مما يطلق عليه بالفرنسية اصطلاح (Les acomptes) وأحيانا أخرى تلتزم الادارة بدفع مبالغ تحت الحساب (Les avances) وقد تدخل المشرع الفرنسى سنة ١٩٥٣ ونظم كلا من الطريقتين^(١) .

٢ - وبالرجوع الى لائحة المناقصات والمزايدات نجد أنها قد اخذت بالفكرة السابقة ، فالمادة ٨٣ من اللائحة الجديدة ، والتى تقابل المادة ٩٥ من اللائحة الملغاة ، تنظم كيفية الدفع تحت الحساب بالنسبة الى مقاولى الأشغال العامة على النحو التالى :

(أ) ٨٠٪ من القيمة المقررة للأعمال التى تمت فعلا مطابقة للشروط والمواصفات وذلك من وقع الفئات الواردة بالجدول .

(ب) ٦٠٪ من القيمة المقررة للمواد التى وردها المقاول لاستعمالها فى العمل الدائم والتى يحتاجها العمل فعلا ، بشرط أن تكون مطابقة للشروط وموافقا عليها ، وأن تكون مشونة بموقع

(١) راجع مقال الأستاذ «Montmeries» بعنوان «Acomptes et Avances» منشور فى مجموعة «Actual. jurid. 1953 p. 217» وراجع مطول الأستاذ دى لوبادير فى العقود الجزء الثانى ، ص ٢٥٥ .

العمل فى حالة جيدة بعد اجراء الجرد الفعلى اللازم وذلك من واقع
فئات العقد .

(ج) بعد تسلم الأعمال مؤقتا تقوم جهة الادارة بتحرير الكشف
الختامية بقيمة جميع الأعمال التى تمت فعلا ، ويصرف للمقاول
عقب ذلك مباشرة ما يستحقه بعد خصم المبالغ التى سق صرفها على
الحساب أو أية مبالغ أخرى مستحقة .

كما أن المادة ٩١ من اللائحة الجديدة (والمقابلة للمادة ٥١ من
اللائحة الملغاة) تفترض ذات المبدأ حيث توجب صرف ثمن الأصناف
الموردة فى خلال خمسة عشر يوم عمل على الأكثر تحسب من تاريخ
اليوم التالى لاتمام اجراءات التحليل الكيمايى أو الفحص الفنى .

هذا ويلاحظ ما أفتت به ادارة الفتوى لوزارة المالية فى ١٢
نوفمبر سنة ١٩٥٦ (المجموعة ١ لسنة ١١ ، ص ١٧٩) من أنه فى
العقود التى تتم بمجرد عملية الشحن على السفينة ، لا يعتبر دفع
الوزارات والمصالح لثمن مشترياتها من الاعتمادات المفتوحة فى
الخارج ، وفى حالة الشراء «C.A.F.» أو «G.L.F.» مقابل تسليم مستندات
الشحن ، لا يعتبر هذا دفعا مقدما ، اذ أن التسليم فى هذه البيوع
يتم فى ميناء الشحن ، ومن ثم لا يكون فى اجراء الدفع على الوجه
المذكور مغالفة للتعليمات المالية .

٣ - الأصل المقرر فى هذا الصدد أن جهة الادارة المتعاقدة
هى التى تكون مدينة بدفع الثمن . والغالب ألا صعوبة فى تحديدها ،
لأن نصوص العقد تكون قاطعة فى هذا الخصوص . ولكن يحدث
أحيانا أن يثور شك حول جهة الادارة المدينة . ويجرى مجلس الدولة
الفرنسى على الاستهداء فى هذه الحالة بقاعدة الشخص العام الذى
تم التوريد أو نفذ العمل لحسابه^(١) .

«La personne publique pour le compte de la quelle le travail ou la
fourniture ont été exécutés par le contractant».

(١) حكمه الصادر فى ٣٠ يناير سنة ١٩٣٥ فى قضية
«Dames Blet Devred»
«Bank d'escomptes»
الجموعة ص ١٣٣ . وفى ١٩ يناير سنة ١٩٤٥ فى قضية
الجموعة ص ٢١ .

أما الدائن بالثمن ، فهو المتعاقد الآخر . ويتمين على الادارة أن تدفع له الثمن وفقا للمبادئ المقررة في القانون الخاص^(١) .

كما أن دائني المتعاقد يستطيعون استعمال الدعوى غير المباشرة (L'action oblique) في مواجهة الادارة^(٢) .

وإذا كان المتعاقد الأصلي قد نزل عن عقده لأحد الأفراد ، وأقرت الادارة هذا النزول على النحو الذي رأيناه فيما سبق ، فإنه يتعين على الادارة أن تدفع الثمن لهذا الأخير .

٤ - ولا يستحق المتعاقد الثمن الا اذا وفى بالتزامه كاملا ، وعلى الوجه السليم ، وفقا للقواعد المقررة . وقد تولت اللائحة تحديد ذلك في المواد ٩٧ و ٩٨ و ٩٩ بالنسبة الى عقود الأشغال العامة ، وفي المواد من ١٠٠ الى ١٠٤ منها بالنسبة لعقود التوريد . ونكتفي هنا بإيراد هذه المواد :

أولا - بالنسبة الى عقود الاشغال العامة :

مادة ٨٥ من اللائحة الجديدة (والمقابلة للمادة ٩٧ من اللائحة الملفاة) « على المقاول بمجرد اتمام العمل أن يخلى الموقع من جميع المواد والآتربة والبقايا وأن يمهده والا كان لجهة الادارة الحق - بعد اخطاره بكتاب موسى عليه - فى ازالة الأتربة على حسابه واخطاره كتابة بذلك ، ويخطر عندئذ بالموعد الذى عين لاجراء المعاينة ويحرر محضر التسليم المؤقت بعد اتمام المعاينة ، ويوقعه كل من المقاول أو مندوبه الموكل بذلك بتوكيل مصدق عليه ومندوبى جهة الادارة الذين يخطر المقاول بأسمائهم . ويكون هذا المحضر من ثلاث نسخ تسلّم احداها للمقاول - وفى حالة عدم حضوره أو مندوبه فى الميعاد المحدد ، تتم المعاينة ويوقع المحضر من مندوبى جهة الادارة وحدهم ،

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٥ فى قضية «Etablis Brandt» المجموعة ص ٣٠٩ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٨ مارس سنة ١٩٢٢ فى قضية «Favre» المجموعة ص ٣٦٠ .

واذا تبين من المعاينة أن العمل قد تم على الوجه المطلوب ، اعتبر تاريخ اخطار المقاول للجهة الادارة باستمداده للتسليم المؤقت موعد انتهاء العمل وبدء مدة الضمان . واذا ظهر من المعاينة أن العمل لم ينفذ على الوجه الأكمل ، فيثبت هذا في المحضر ، ويؤجل التسليم الى أن يتضح أن الأعمال قد تمت بما يطابق الشروط هذا مع عدم الإخلال بمسئولية المقاول طبقا لأحكام القانون المدني . وتبدأ من تاريخ المعاينة الأخيرة مدة الضمان .

وبعد اتمام التسليم المؤقت يرد للمقاول - اذا لم توجد قبله مطالبات للجهة المتعاقدة أو لأية مصلحة حكومية - ما زاد من قيمة التأمين النهائي عن النسبة المحددة من قيمة الأعمال التي تمت فعلا ، وتحتفظ الجهة المتعاقدة بهذه النسبة لحين انتهاء مدة الضمان واطتمام التسليم النهائي » .

مادة ٨٦ - من اللائحة الجديدة (والمقابلة للمادة ٩٨ من اللائحة الملغاة) « يضمن المقاول الأعمال موضوع العقد وحسن تنفيذها على الوجه الأكمل لمدة سنة واحدة من تاريخ التسليم المؤقت وذلك دون إخلال بمدة الضمان المنصوص عليها في القانون المدني .

والمقاول مسئول عن بقاء جميع الأعمال سليمة أثناء مدة الضمان ، فاذا ظهر بها أى خلل أو عيب يقوم بإصلاحه على نفقته . واذا قصر فى اجراء ذلك فلجهة الادارة أن تجريه على نفقته وتحت مسئوليته » .

مادة ٨٧ - من اللائحة الجديد (والمقابلة للمادة ٩٩ من اللائحة الملغاة) « قبل انتهاء مدة الضمان بوقت مناسب يخطر المقاول جهة الادارة كتابة للقيام بتحديد موعد للمعاينة .

ومتى تبين أن الأعمال قد نفذت مطابقة للمواصفات بحالة جيدة فيتم تسليمها نهائيا بموجب محضر من ثلاث صور يوقعه كل من

جهة الادارة والمقاول أو مندوبه الرسمي وتمطى للمقاول صورة منه .
وإذا ظهر من المعاينة أن المقاول لم يتم بيمض الالتزامات فيؤجل التسليم النهائي لحين قيامه بما يطلب اليه من الأعمال ، هذا مع عدم الأخلال بمسئوليته طبقا لأحكام القانون المدني . وعند تمام التسليم النهائي يدفع للمقاول ما قد يكون مستحقا له من مبالغ ويرد اليه التأمين النهائي أو ما تبقى منه » .

ثانيا - بالنسبة الى عقود التوريد :

مادة ٨٨ من اللائحة الجديدة ، (والمقابلة للمادة ١٠٠ من اللائحة الملغاة) - « يلتزم المتعهد بتوريد الأصناف المتماقد عليها ، في الميعاد أو المواعيد المحددة خالصة جميع المصروفات والرسوم ، ومطابقة لأمر التوريد وللخواصات أو المينات المعتمدة .

ويتسلم أمين مخزن الاستقبال ما يورده المتعهد بالعدد أو الوزن أو المقاس بحضور مندوب المتعهد ، ويمطى عنه ايصالا مؤقتا مختوما بخاتم جهة الادارة موضعا به اليوم والساعة التي تم فيها التوريد ، ويقرر فيه حالة الأصناف من حيث سلامتها وذلك لحين اخطار المتعهد بميعاد اجتماع لجنة الفحص ليتمكن من حضور اجراءات الفحص والاستلام النهائي . ويجب أن يتم ذلك الاخطار فى خلال ثلاثة أيام عمل من تاريخ اليوم التالى لصدور الايصال المؤقت . وعلى أمين مخزن الاستقبال فور تسلمه الأصناف الموردة اخطار رئيس لجنة الفحص بذلك لاتخاذ اللازم .

ويمتبر قرار اللجنة بقبول أو رفض الأصناف نهائيا وذلك بمجرد اعتماده من السلطة المختصة بالاعتماد .

مادة ٨٩ : من اللائحة الجديدة (والمقابلة للمادة ٨٩ من اللائحة الملغاة) : « يلتزم المتعهد بأن يقدم فاتورة الاصناف الموردة من أصل وصورتين . وفى حالة قيامه بالتوريد بناء على طلب جهة الادارة الى جهة غير الجهة المتماقد على التوريد اليها ، يجب أن ترافق الفواتير

مستندات تثبت قيمة مصروفات النقل الاضافية حتى يمكن رد هذه المصروفات اليه » -

المادة ٩٠ : من اللائحة الجديدة (والمقابلة للمادة ١٠٢ من اللائحة الملغاة) « اذا رفضت لجنة الفحص صنفا أو أكثر من الأصناف الموردة ، أو وجد فيها نقص أو مخالفة للمواصفات أو للمينيات المتمدة يخطر المتعهد بذلك كتابة بالبريد الموصى عليه بعلم الوصول بأسباب الرفض وبوجوب سحب الأصناف المرفوضة وتوريد بدلها » ويجب أن يتم ذلك الاخطار فور صدور قرار اللجنة في ذات اليوم أو اليوم التالي على الأكثر ، ويلتزم المتعهد بسحب الأصناف المرفوضة خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالي لاختطاره ، فاذا تأخر في سحبها فيكون الجهة الادارة الحق في تحصيل مصروفات تخزين بواقع ٢٪ من قيمة الأصناف عن كل أسبوع تأخير أو جزء منه ولمدة أقصاها أربعة أسابيع - وبعد انتهاء هذه المدة ، يكون الجهة الادارة الحق في أن تتخذ اجراءات بيما فوراً وأن تنقص من الثمن ما يكون مستحقا لها ، ويكون البيع في هذه الحالة وفقا لأحكام هذه اللائحة » -

المبحث الثاني

الرسم

١ - ذكرنا فيما سبق أن الشروط المتعلقة بالمقابل النقدي في العقود الادارية ، تعتبر شروطا تعاقدية ، وبالتالي لا تتناولها سلطة الادارة بالتعديل -

ولقد ذهب الفقه في أول الأمر الى تطبيق ذات القاعدة فيما يتعلق بعقد الامتياز - ولكن هذا الرأي مهجور في الوقت الحاضر فقها وقضاء وتشريعا ، اذ يستثنى المقابل النقدي في حالة عقد الامتياز ، وتعتبر الشروط المتعلقة به من قبيل الشروط اللائحية - ومن ثم فان هذا المقابل لا يسمى أجرا ، بل رسما «taxe» تميزا له عن الثمن أو الأجر أو الفائدة ... الخ في العقود الأخرى -

ولم يعد هذا الرأى محل اجتهاد فى مصر ، فقد حسمه المشرع فى المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ حيث يقول : « لمانح الالتزام دائما ، متى اقتضت ذلك المنفعة العامة ، أن يعدل من تلقاء نفسه أركان المرفق العام ، موضع الالتزام ... وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به » بهذا النص الحاسم قطع المشرع المصرى السبيل على رأى فى الفقه الفرنسى ، يميز بالنسبة الى الرسوم بين حالتين :

(أ) فى علاقة كل من الادارة والملتزم بالمنتفعين وفى هذه الحالة ينضم هذا الفريق من الفقهاء الى الرأى الغالب ، والذي يعتبر الشروط المتعلقة بتحديد الرسم ذات طبيعة لائحية .

(ب) أما فى علاقة الادارة بالملتزم : فيذهب هذا الرأى الى أن تلك الشروط تحتفظ بطبيعتها التعاقدية ، وبذلك لا يجوز للادارة أن تستقل بتعديل المقابل المتفق عليه .
وهكذا ينتهى هذا الرأى الى ازدواج طبيعة هذه الشروط (١) .

٢ - وتتولى عقود الامتياز تحديد الرسوم التى يجوز للملتزم تقاضيتها من المنتفعين . والعادة أن تتولى الادارة بنفسها تحديد هذه الرسوم بعد استشارة الملتزم ، ولكن هذه الاستشارة لا تطبع تلك الشروط بالطابع التعاقدى كما ذكرنا (٢) . وقد يحدد الرسم بصورة قاطعة . ولكن المشاهد الآن أن تحديد الرسم يميل الى المرونة ، فكثيرا ما تكتفى الادارة بتحديد الحد الأقصى (Le tarif maximum) ولقد ذهب الفقيه جيز الى أن تقليد الحد الأقصى للرسم لا يعنى استقلال

(١) راجع رسالة الفقيه «Testes» بعنوان : «Les concessions de service public de distribution de l'électricité» ، ص ٤٤ الى ٩٠ ، وراجع مقدمة هذه الرسالة التى كتبها الأستاذ «Meestre» وايد فيها الرأى السابق . وراجع تقرير المفوض «Letourneur» فى قضية «Journal l'Aurore» التى صدر فيها حكم المجلس فى ٢٥ يونيه سنة ١٩٤٨ ، منشور فى مجموعة سريى ، سنة ١٩٤٨ القسم الثالث ص ٧١ . وراجع بحث الفقيه «L'Houllier» الذى سبقته الاشارة اليه ، والمنشور فى دالوز سنة ١٩٥٢ ، ص ٥٢ .
(٢) مطول جيز فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٥٥٤ .

الملتزم المطلق فى الانفراد بتحديد المبلغ الذى يتقاضاه من المنتفعين فى نطاق الحد الأقصى المنصوص عليها فى عقد الامتياز ، بل يتعين على الملتزم - فى نظره - الحصول على تصديق الادارة على الرسم الذى حدده فى نطاق الحد الأقصى^(١) .

ولكن الفقيه دى لويادير يرى أنه لا محل للشرط السابق الذى قال به جيز ، ويرى أن القضاء لا يؤكده ، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسى يغول الملتزم حرية تحديد الرسم فى نطاق الحد الأقصى^(٢) . وليس ثمة أهمية للتمييز بين الرايين ، ما دمنا نسلم بحق الادارة فى تعديل الرسم فى كل وقت ، فهذه السلطة تخول الادارة تعديل الحد الأقصى المنصوص عليه فى العقد ، وتعديل الرسم الذى يتقاضاه الملتزم من المنتفعين فعلا . وربما كان رأى جيز أفضل من حيث زيادة الرقابة التى تمارسها الادارة . على أنه يلاحظ من ناحية أخرى أن الادارة حينما تخول الملتزم الحرية المشار اليها فانها كثيرا ما تضمن عقد الامتياز نصا صريحا يوجب تصديق الادارة على الرسم الفعلى الذى يقرر الملتزم اقتضاه من المنتفعين .

٣ - وترد على حرية الادارة والملتزم قيود فيما يتعلق بتحديد الرسم أيا كانت الطريقة المتبعة فى تحديده . ويمكن رد هذه القيود الى الاعتبارات التالية :

أولا - مبدأ المساواة بين المنتفعين فى الرسم (Le principe de l'égalité de traitement) فالمرافق العامة تخضع - كما ذكرنا مرارا - لقاعدة المساواة بين المنتفعين ، وتجد هذه القاعدة صداها فيما يتعلق بضرورة التسوية بين المنتفعين فى الرسوم التى يقررها عقد الامتياز ،

(١) مطوله فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٥٥٦ حيث يقول :

« ... Tout tarif doit être homologué, s'il ne dépasse pas le maxima ».

(٢) مطول دى لويادير فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٢٢٧ وقد استشهد على رايه بحكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٣ أبريل سنة ١٩٣٥ فى قضية «Ville de Raincy» المجموعة ص ٤٢٤ .

ورد على الأحكام التى استشهد بها جيز ، بأن عقود الامتياز فيها ، كانت تشترط صراحة تصديق الادارة على الرسوم التى يحددها الملتزم فى نطاق الحد الأقصى .

اذ يتعين على الادارة حين تحدد الرسم بمفردها ، وعلى الملتزم حين يترك له بعض الحرية فى تحديد الرسوم ، احترام القاعدة السابقة ، وهنا أيضا ، قننت هذه القاعدة تشريعيا فى مصر ، فقد نصت المادة ٦٧٠ من القانون المدنى على ما يلى :

١ - اذا كان ملتزم المرفق محتكرا له احتكارا قانونيا أو فعليا وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه ، سواء فى الخدمات أو فى تقاضى الأجور .

٢ - ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوى على تخفيض الأجور أو الاعفاء منها ، على أن ينتفع بهذه المعاملة مع يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام ، ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين .

٣ - وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة ، يوجب على الملتزم أن يعوض الضرر الذى قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من اخلال بالتوازن الطبيعى فى المنافسة المشروعة » .

واذا كان نص المادة السابق ، قد تحدث مع الالتزام الذى يتضمن احتكارا فعليا أو قانونيا ، وهى الحالة الغالبة فى عقود الالتزام ، فان المسلم به وفقا لقواعد القانون الادارى أن قاعدة المساواة تشمل جميع أنواع المرافق العامة ، وبصرف النظر عن طبيعة المرفق . بل لقد حاولت الادارة أن تستثنى من القاعدة السابقة المرافق الاقتصادية والتجارية ، بحجة أن هذا النوع من المرافق يدار وفقا لظروف القانون الخاص . والمشروعات الخاصة ، لا تخضع لقاعدة التسوية بين العملاء . ولكن مجلس الدولة الفرنسى رفض وجهة النظر السابقة رفضا باتا (١) .

(١) حكم المجلس الصادر فى أول أبريل سنة ١٩٣٨ فى قضية «L'alcool dénaturé» منشور فى مجلة القانون العام لسنة ١٩٣٩ ، ص ٤٨٧ مع تقرير النقض «Résumé» الذى رفض وجهة نظر الادارة بقسمة أيضا .

ولكن المساواة لا تعنى بطبيعة الحال المساواة الحسابية أو المطلقة ، ولكن يقصد بها توحيد المعاملة متى تماثلت الظروف . وبالتالي يجوز التمييز اذا اختلفت الظروف . أما ما تحرمه قاعدة المساواة ، فهو خلق امتيازات خاصة لبعض المنتجين لا تستند الى أساس معقول ، وبالتالي يجوز تغيير الرسم وفقا لبعد المكان الذى تؤدى فيه الخدمة أو لنوع الخدمة المطلوبة ، أو زمانها . الخ . ولكن مجلس الدولة الفرنسى رفض التمييز الذى يستند الى الاعتبارات التالية :

(أ) تغيير سعر الكهرباء وفقا لمساحة أملاك المنتفع^(١) .

(ب) تغيير سعر توريد المياه وفقا لمدى مقدرة الفنادق والمطاعم والمقاهى على الوفاء^(٢) .

(ج) تحديد سعر البيع بما يقيم تمييزا بين المصانع التى أنشئت قبل تاريخ معين وبمده^(٣) .

ثانيا - تحديد المشرع صراحة للسعر الذى يتعين أن تقدم به الخدمة كما لو حدد سعر الكهرباء أو الغاز أو الكيروسين . الخ فحينئذ لا تستطيع الادارة ولا الملتزم أن يخرج على نصوص التشريعات فى هذا الصدد .

(١) حكمه الصادر فى أول يوليو سنة ١٩٣٦ فى قضية «Veyre» مجموعة سبرى سنة ١٩٣٧ ، القسم الثالث « ص ١٠٥ وقد جاء فيه قول المجلس :

«Un tel tarif est établi selon des règles qui, pour des usagers remplissant les mêmes conditions par rapport au service public, n'étaient pas égales pour tous».

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٠ فبراير سنة ١٩٢٨ فى قضية «Chambre syndicale des propriétaires maronniers» المجموعة ص ٢٢٢ ، حيث يقول :

«Le règlement avait institué un régime de faveur à l'avantage de certains usagers»
(٣) حكمه الصادر فى أول أبريل سنة ١٩٣٨ فى قضية «L'alcool dénaturé» السابق وقد جاء فيه :

«Si le principe de l'égalité de traitement entre usagers ne fait pas obstacle à ce qu'un barème de prix de cession différentes soit institué faisant état des situations différentes dans lesquelles les industriels acheteurs peuvent se trouver au regard du service public, il résulte de l'instruction qu'un tel objet n'a pas été visé dans l'espèce».

ثالثا - ويجب أن نضيف الى ما تقدم نص المادة الثالثة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والتي تقضى بأنه « لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوى فى صافى أرباح استغلال المرفق العام ١٠٪ من رأس المال الموظف والمرخص به من مائع الالتزام ، وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال » وما زاد على ذلك من صافى الأرباح يستخدم أولا فى تكوين احتياطى خاص للسنوات التى تقل فيها الأرباح عن ١٠٪ وتقف زيادة هذا الاحتياطى متى بلغ ما يوازى ١٠٪ من رأس المال ويستخدم ما يبقى من هذا الزائد فى تحسين وتوسيع المرفق العام أو فى خفض الأسعار حسبما يرى مانح الالتزام » وهذا النص عام يسرى على جميع المرافق العامة ، سواء التى أنشئت قبله أو التى تنشأ بعده^(١) . ويترتب على ذلك أن الادارة ملزمة بأن تعمد النظر فى تعريفة الأسعار على ضوء ما يسفر عنه تشغيل المرفق من أرباح وفقا للأسس التى وضعها المادة الثالثة .

وهذا ليس مجرد حق للادارة ، بل هو واجب عليها ، يستطيع المنتفعون اجباريا على ممارسته اذا قصرت أو أهملت فيه كما ذكرنا .

٤ - واذا كان الرسم المحدد بمقتضى عقد الامتياز يلزم المتعاقد ، بحيث لا يجوز المطالبة بالحصول على أكثر منه ، فإن من المسلم به ان جهة الادارة المتعاقدة تستطيع أن تتفق مع الملتزم على زيادة الرسم لمواجهة ظروف جديدة ، بشرط مراعاة الاجراءات المقررة فى هذا الصدد .

والمسلم به أن الادارة اذا رفضت الموافقة على هذه الزيادة ، فإن القاضى لا يستطيع أن يحل محلها فى هذا المجال ، فهو لا يستطيع أن يحكم بزيادة الرسم المقرر فى العقد^(٢) ، الا اذا كان عقد الامتياز ذاته ينص على قواعد تتضمن تغيير السعر وفقا لتغير ظروف يحددها

(١) راجع ما سبق ذكره بهذا الخصوص فى موضعه من هذا المؤلف .

(٢) حكمه الصادر فى ٢١ يناير سنة ١٩٤٤ فى قضية «Sté. d'Entrepriees

المجموعة من ٢٣ -

وذلك اذا حدث خلاف بين (une clause de variation de tarifs)
الادارة والملتزم حول نسبة الزيادة التي يجب تقريرها لمواجهة
الظروف الجديدة .

وهذا بخلاف حالة الظروف الطارئة والتي منعرض لها فيما بعد .

وهكذا تكون سلطة الادارة في عدم الموافقة على زيادة الرسوم ،
من قبيل السلطات التقديرية الواسعة ، ولا يحد منها الا ما يرد في
العقد من نصوص ، كنص تغيير الأسعار وفقا لتغير الظروف المشار
اليه ، أو اذا ضمنت الادارة للملتزم أن يغل المرفق نسبة معينة من
الأرباح ، فحينئذ يتعين على الادارة أن توافق على زيادة الرسم بما
يحقق تلك النسبة من الأرباح ، الا اذا شاعت أن تتحمل هي الفرق
بين ما يغل من ارباح وما ضمنه العقد منها^(١) .

على أنه اذا كان القاضى لا يستطيع أن يعدل الشروط الخاصة
بالرسوم رغم ارادة الادارة ، فان اصرار الادارة على الرفض تمننا ،
قد يؤدى في بعض الحالات الى الحكم بالتعويض على أساس الخطأ^(٢) .

(١) حكمه الصادر في ٣٠ يونية سنة ١٩٣٧ في قضية «Tramways de Saint
Quentin» المجموعة ص ٦٤٧ .

(٢) حكم المجلس الصادر في ١٤ يناير سنة ١٩٥٥ في قضية
«Sté. La fusion des gaz»

الفصل الثالث

التوازن المالى للعقد ومبدأ التعويض بلا خطأ

١ - رأينا مما سبق أن المتعاقد مع الإدارة يتعرض أثناء التنفيذ لتدخل الإدارة ، التى تملك - فى الحدود التى رسمناها - زيادة التزاماته أو انقاصها . ولما كانت التزامات المتعاقد فى هذه الظروف تتسم بالمرونة ، فإن من الضرورى اضافة هذه الصفة على حقوقه المستمدة من العقد أيضا ، نظرا للعلاقة الوثيقة بين التزامات المتعاقد وحقوقه : فالمتعاقد انما يقبل أن يلتزم لأنه يضع نصب عينيه حقوقا معينة يعول عليها ، وما دامت الالتزامات قابلة للزيادة أو النقص ، فيجب أيضا أن يكون هذا هو شأن الحقوق المقابلة لها . وهذا هو ما يعبر عنه بصفة عامة ، بفكرة التوازن المالى للمقصد الإدارى : (la notion d'équilibre financier) أو التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد والتزاماته . (l'équivalence honnête des prestations) ففكرة التوازن انما هى فكرة ملازمة لحق التعديل الذى شرحناه . ولما كان مثل هذا الحق لوجود له فى القانون الخاص ، فإن فكرة التوازن المالى للعقد ، هى فكرة لا مقابل لها فى ذلك القانون .

٢ - ولقد ظهرت فكرة التوازن لأول مرة بمناسبة تدخل الإدارة فى عقود الامتياز ، وتولى المفوض ليون بلوم صياغتها فى تقريره الذى قدمه فى قضية (Cie française des tramways) والتى صدر فيها حكم المجلس فى ١١ مارس سنة ١٩١٠^(١) . وما يزال الفقه يردد عباراته التى نرى من المصلحة ذكرها فى هذا الخصوص . يقول المفوض بلوم :

«Il est de l'essence même de tout contrat de concession de rechercher et de réaliser dans la mesure du possible, une égalité entre les avantages qui sont accordés au concessionnaire et les charges qui lui sont imposées ... Les avantages et les charges doivent se balancer de façon à former le con =

tre partie des bénéfices probable et des pertes prévues. Dans tout contrat de concession est impliquée, comme un calcul, l'équivalence honnête entre ce qui est accordé au concessionnaire et ce qui est exigé de lui ... C'est ce qu'on appelle l'équivalence financière et commerciale, l'équation financière du contrat de concessions.

ومنذ هذا التاريخ أصبح استعمال الاصطلاح دارجا ، قلما تغلو منه مذكرة لمفوضى الدولة فى هذا المجال^(١) .

٣ - وإذا كانت فكرة التوازن المالى للمعقود الادارية مسلما بها بصفة عامة ، فان الصعوبة كلها فى تحديد مدلولها ، وشروط تطبيقها ، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسى - بما عرف عنه من روح واقعية عملية ، تستهدف الحكم على كل حالة فردية وفقا لظروفها الخاصة ، ودون الاهتمام بالاعتبارات النظرية - لم يكلف نفسه عناء تحديد مدلول فكرة التوازن المالى للمعقود الادارية ، ولا توضيح شروط استعمالها . ومن ثم فقد اختلف بشأنها الفقهاء على النحو التالى :

أولا - من الفقهاء من يجعل النظرية ذات صبغة عامة ، بمعنى أن الادارة تلتزم بضمان التوازن المالى للمقد فى كل حالة يختلف فيها توازن العقد ، سواء اكان ذلك بفعل الادارة أو لأمر خارج عن ارادتها . وأوضح من يمثل هذا الاتجاه الفقيه «De Soto» فهو يقول فى تعليق له منشور فى مجموعة دالوز سنة ١٩٥٠ (ص ٤٥٥) ما يلى^(٢) :

«On sait que parmi les règles essentielles des contrats administratifs figure la règle dite du «maintient de l'équilibre financier du contrat», d'après laquelle, si l'action de l'administration ou une circonstance exceptionnelle ont modifié cet équilibre, une indemnité doit être versée au cocontractant lésé».

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٢ فى قضية «Ville de Rouen»
وحكمه الصادر فى ٩ مارس سنة ١٩٢٨ فى قضية «Cie des scieries africaines»
مجلة القسانون السام سنة ١٩٢٨ ص ٢٣٦ مع تقرير المفوض «Latournerie»
وحكمه الصادر فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ فى قضية «Promessob»
مجلة القانون العام سنة ١٩٢١ ص ٨٠ مع تقرير المفوض «Corneille»
فى ١٠ أبريل سنة ١٩٣٥ فى قضية «Ville de Toulon» مجلة القانون العام سنة ١٩٣٥ ص ٧٨٣ مع تقرير المفوض «Andrieux» .

(٢) وفى تعليق آخر له منشور فى مجموعة دالوز سنة ١٩٤٢ ، ص ١١١ يقول :

«Le maintien de cet équilibre constitue une norme fondamentale de la théorie

ثانياً : وذهب رأى آخر - تبناه الدكتور ثروت بدوى فى رسالته عن عمل الأمير التى سبقت الإشارة إليها - الى ضرورة التخلص من فكرة التوازن المالى للمقد ، ذلك أنه يأخذ على هذه الفكرة أنها خطيرة (dangereuse) كما أنها غير صحيحة (inexacte) ^(١) : أما خطورتها عنده ، فمردها الى الطابع العام الذى يريد بعض الفقهاء اضافة عليها ، وارجاعهم اليها كل تعويض يستحقه المتعاقد حتى ولو اختلف التوازن المالى بغير عمل الادارة كما رأينا فى رأى دى سوتو السابق ، مع أن فكرة التوازن المالى عاجزة عن تبرير التعويض فى هذه الحالة الأخيرة . وأما عدم صحتها فمرده الى كيفية تطبيقها : ذلك أن الدكتور ثروت يرى أن التعويض الذى يحكم به للمتعاقد نتيجة لاخلال الادارة باقتصاديات المقد لا يتطابق فى جميع الحالات مع التوازن المالى للمقد كما روى عند التعاقد . ويقدم الدكتور ثروت فرضين لتصوير تلك الحالة :

فقد يحدث أن يقبل المتعاقد عند إبرام العقد أسعاراً غير مجزية نتيجة خطأ من جانبه . فاذا تدخلت الادارة فى تنفيذ العقد بعد ذلك ، فإن القضاء يحكم بالتعويض الكامل ، لا على أساس السعر الذى قبله المتعاقد عند إبرام العقد ، ولكن على أساس السعر الحقيقى وقت تدخل الادارة فى التنفيذ . ويصدق هذا الفرض أيضاً فى حالة ارتفاع الأسعار بعد التعاقد ، اذ يضع القضاء نصب عينيه عند الحكم بالتعويض الأسعار الجديدة لا تلك التى أبرم العقد على أساسها .

des contrats administratifs. Les obligations des parties sont censées avoir été calculées de telle sorte qu'elles se balancent au point de vue financier et le juge du contrat devra s'efforcer de maintenir ce coût en équilibre. Les prestations des contractants sont en corrélation, les unes avec les autres et si celles de l'un d'eux augmentent ou diminuent il est conforme à l'équité et au but du contrat (et à la commune intention des parties) que celles de l'autre varient dans le même sens.

أما الحالة الثانية فهي حالة انتهاء الإدارة للمقد بلا خطأ ، ففكرة التوازن المالى لا يمكن أن تبرر التمويل الذى يحكم به القضاء للإدارة ، حيث أنه لا يمكن بالفرض التحدث عن التوازن المالى لمقد غير موجود .

ولكن رغم كل هذا النقد ، فقد اعترف الدكتور ثروت بدوى بأن فكرة التوازن المالى للمقد ، تصلح لتفسير تمويل المتعاقدين فى بعض الصور^(١) .

ثالثاً - وكلا الرأيين السابقين معيب ، ففكرة التوازن المالى للمقد لا تكفى - على الأقل وحدها - لتبرير التمويل فى جميع الحالات التى يحكم فيها القضاء الإدارى بتمويل خطأ من جانب الإدارة . كما أن فكرة التوازن المالى تنطوى على حقيقة لا شك فيها ، ولا يمكن إنكارها ، فمرونة التزامات المتعاقدين تقتضى مرونة حقوقه فى مواجهة الإدارة . ومن الطبيعى أن تتناسب حقوق المتعاقدين مع التزاماته زيادة ونقصا ، على الأقل إذا كانت هذه الزيادة أو النقص بفعل الإدارة . ولكن ذلك لا يعنى بالضرورة وضع نسبة حسابية صارمة بين الحقوق والالتزامات كما يؤكد فريق من الفقهاء ، وبالذات الفقيه بيكينو ، الذى رد فكرة التوازن المالى للمقد الى معادلة حسابية صورها كما يلى : إذا فرضنا أن حقوق المتعاقدين التى يستمدونها من المقد عند إبرامه لأول مرة تساوى (أ) وأن التزاماته تساوى (ب) فإن نسبة حقوقه الجديدة - بعد الزيادة أو النقص - (أ) الى التزاماته الجديدة (ب) يجب أن تكون هى ذات النسبة بين حقوقه وائتماناته الأصلية ، فتصبح المعادلة كما يلى :

(١) جاء فى صفحة ١٣٣ من رسائله السابقة قوله :

«La notion d'équilibre financier est tropuse et prête à confusion. L'expression traduit mal l'économie du contrat administratif. Si elle peut expliquer l'indemnité accordée dans certains cas, elle en laisse beaucoup d'autres sans explication ... Il est dangereux de continuer de parler de l'équilibre financier du contrat administratif ... ».

$$\frac{A}{C} = \frac{1}{C}$$

هذا المجمود الحسابى ، هو الذى استند اليه الدكتور ثروت بدوى لانتقاد فكرة التوازن المالى للمعقود الادارية - ولو كان هذا هو معنى التوازن المالى لكان نقده مسلما به ، ولكن فكرة التوازن المالى هى مجرد توجيه عام ، وتستهدف الابقاء على طبيعة العقد كما روعى عند التعاقد ، ومما ملته كظاهرة طبيعية ، فالحيوان والنبات يتمدد وينكمش ، ولكنه يحتفظ بخواصه ومظاهره - وكذلك العقد الادارى ، فقد تزيد الادارة من الالتزامات المترتبة عليه أو تنقص منها ، ولكن عليها أن تحتفظ بتوازن العقد الاقتصادى ابقاء على خواصه الأصلية - ولا شك أن هذا التوجيه فى غاية الفائدة للقاضى وسيجد نفسه مسوقا الى الاستهداء به فى تقدير التعويض - ومن ثم فانه من المفالة القول بأن هذه الفكرة خطيرة وغير صحيحة^(٢) .

٤ - وعلى الأساس السابق يمكن رد الأحكام الأساسية لفكرة التوازن المالى للمعقود الادارية الى القواعد الآتية :

(أ) لا تعنى القاعدة التوازن الحسابى ، ولكن التوازن الشريف بين الالتزامات والمقوق كما يقول بعض الفقهاء (L'équivalence honnête des prestations)

(ب) تفسر فكرة التوازن المالى للعقد التعويض الذى يحكم به للمتعاقد اذا ما كان مرجع الضرر الى فعل الادارة ، على الأقل فى

(١) جام فى بحثه عن العقود المنشور فى مجموعة (J. C. A. 511, 237) وقد سبقت الاشارة اليه قوله :

«L'équilibre du contrat administratif est dynamique et du type :

$$\frac{a}{b} = \frac{a'}{b'}$$

(٢) ولا ادل على ما نقول به من أن المشرع نفسه قد لجأ الى فكرة التوازن المالى لعقد الالتزام فى المادة السادسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالالتزام المرافق العامة والتي تقول : « اذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ، ولا بد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها ، وأفضت الى الاخلال بالتوازن المالى للالتزام ... » .

نطاق نظرية عمل الأمير كما سنرى . أما في خارج نطاق هذه النظرية ، وعلى الخصوص اذا ما كان مرد الاختلال الى غير عمل الادارة ، فان فكرة التوازن المالى للعقد وحدها لا تكفى لتبرير التعويض . ومن ثم فقد ذكرنا الى جوار فكرة التوازن المالى للعقد مبدأ التعويض بلا خطأ حتى يمكن تناول جميع صور التعويض التى يحكم بها للمتعاقد دون خطأ من جانب الادارة .

(ج) يرجع كثير من الفقهاء أساس فكرة التوازن المالى للعقد الى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين (La commune intention des parties)^(١) ، كما أن كثيرا من أحكام مجلس الدولة الفرنسى تشير الى فكرة النية المشتركة للمتعاقدين فى هذا الصدد^(٢) ، ولكن هذا التوكيد لا يصدق الا فى حالة النص صراحة فى العقد على ضمان الادارة للتوازن المالى للعقد ، وحينئذ ، نكون أمام تفسير شروط العقد^(٣) .

أما فى غير حالة النص صراحة فى العقد على ضمان الادارة لتوازنه المالى أو الاقتصادى ، فان مرجع هذه القاعدة الى العدالة «L'équité» وصالح المرفق العام ، لأن للادارة الحق فى تعديل التزامات المتعاقد بالزيادة أو بالنقص كما ذكرنا ، فيكون من العدالة تمويض المتعاقد عن كل ضرر يناله من جراء تدخل الادارة ، واستعمالها لسلطتها تلك . ومن ناحية أخرى فان هذا الحق مقرر لصالح المرفق العام لأنه يمكن المتعاقد من الوفاء بالتزاماته ، كما أنه يشجع الأفراد على التعاقد مع الادارة .

٥ - بالرغم من حداثة القضاء الادارى فى مصر بصفة عامة ، وحداثة اختصاص مجلس الدولة المصرى بموضوع العقود الادارية

(١) من هذا الرأى العميد يونار ، موجزه فى القانون الادارى ص ٤٦١ ، ٧١٧ ، وجيز مطوله فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٦٨١ ، ودى سوتو . تطبيقه سنة ١٩٥٠ وقد سبقت الاشارة اليه .

(٢) رسالة الدكتور ثروت بدوى ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥ وما بعدها .
(٣) مثال ذلك حكم المجلس الصادر فى ١٠ أبريل سنة ١٩٣٥ فى قضية «Ville de Toulous» مجلة القانون العام سنة ١٩٣٥ ص ٧٨٣ مع تقرير المفوض «Andrieux»

بصفة خاصة ، فان محكمة القضاء الادارى المصرية قد أتتبع لها أن تبسط فكرة التوازن المالى للمقود الادارية وأن تضمها فى مكانها الصحيح ، فى حكمها المطول الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (وقد سبقت الاشارة اليه أكثر من مرة) حيث تقول :

« . . . ان الفقه والقضاء الادارى ، قد خلق نظرية الظروف الطارئة ، ونظرية التوازن المالى للعقد ، وغيرها من النظريات والقواعد التى تحقق بقدر الامكان توازنا بين الأعباء التى يتحملها المتعاقد مع الادارة ، وبين المزايا التى ينتفع بها ، على اعتبار أن العقد الادارى يكون فى مجموعه كلا من مقتضاء وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين ، وتمادل كفة الميزان بينهما ، وذلك بتمويض المتعاقد فى أحوال وبشروط معينة حتى ولو لم يصدر خطأ من جانب الادارة ، مع اختلاف مقدار التمويض . فتارة يكون التمويض كاملا ، وتارة يكون جزئيا . وأيا كانت الأسانيد التى قامت عليها هذه النظريات والقواعد ، واختلاف الرأى فى مبرراتها ، فانه ما لا شبهة فيه انها ترتد فى الحقيقة الى أصل واحد وهو العدالة المجردة التى هى قوام القانون الادارى . كما أن هدفها الأعلى هو تحقيق المصلحة العامة بناء على فهم صحيح لطبيعة العلاقة بين من يتعاقد معها من الهيئات والأفراد فى شأن من شئون المرافق العامة . وبهذا الفهم أمكن حل أغلب مشكلات المقود الادارية ، ووضحت معالم الطريق لعلاجها على الوجه الصحيح . وان هذه المحكمة لترى من الخير - بمناسبة الدعوى الحالية - التنبيه الى أن القواعد والأصول والنظريات التى وضعها الفقه والقضاء الادارى فى هذا الشأن ، انما كانت وليدة البحث والتقصى وثمره التجارب حقبة طويلة من الزمن لكثير من مختلف أنواع المنازعات التى قامت بين جهات الادارة والمتعاقدين معها ، وأن الاطار العام الذى دار فيه البحث رسمته ضوابط واعتبارات شتى وحقائق غير منكورة ، حاصلها أنه يكون مفهوما أن حق جهة الادارة فى الحصول على المهمات والأدوات أو اداء الخدمات وانجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار وأقل التكاليف ،

يقابله من جانب المتعاقد معها أن يهدف الى تحقيق ربح مجز له عن رأس ماله المستغل كله أو بعضه أو بما وضعه لنفسه من نظام الاستهلاكات الحسابية . ولكن هذا الوضع لا يعنى أن يقف كل منهما ازاء الآخر موقف التريص والتوجس وانتهاز الفرص أو موقف الطرف المتخاصم فى نزاع أن ظل كامنا فهو خليك بأن يتحول فى أية لحظة الى دعوى تطرح أمام القضاء ، بل ان الحق الخالص فى شأن العلاقة بين جهة الادارة والمتعاقد معها ، أن تنظر اليها جهة الادارة من زاوية تراعى فيها كثيرا من الاعتبارات الخاصة التى تسمح على مجرد الحرص على تحقيق الوفر المالى للدولة ، وأن الهدف الأساسى هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام ، وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة انجازها ، وأن ينظر اليها المتعاقد مع الادارة على أنها مساهمة اختيارية منه ومعاونة فى سبيل المصلحة العامة ، فيجب أن تؤدى بأمانة وكفاية . وهذا وذاك يقتضى من الطرفين قيام نوع من الثقة المتبادلة بينهما وحسن النية والتعاقد والتساند والمشاركة فى وجهات النظر المختلفة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات . وبهذا تطمئن جهة الادارة الى حسن التنفيذ وانجازه فى مواعيده المحددة ، ويطمئن المتعاقد معها الى أنه سينال - لقاء اخلاصه وأمانته وحسن قيامه بالعمل - جزاءه الأوفى وأجره العادل .

ولذلك ينبغى ألا يعتبر المتعاقد صاحب مصلحة متعارضة مع مصلحة الدولة لمجرد أنه يبنى من تعاقد تحقيق ربح حلال ، اذ أن هذا حقه الذى لا ينازع فيه . وهو لا ينقلب الى صاحب مصلحة متعارضة مع مصلحة الدولة الا منذ اللحظة التى ينحرف فيها عن الجادة ويتنكب سبيل الأمانة أو يحاول الحصول على ربح حرام غير مشروع - أيا كانت وسائله فى ذلك - أو يسرف فى طلب الربح ويشتط فيه على حساب الخزانة العامة . وفى هذه الحالة يكون من حق الادارة أن تفسد عليه سعيه فتحرمه ثمرة غشه وتحبس عنه الربح الحرام أو تنزل بأرباحه الى الحد المعقول ، لأن الأرباح

الفاحشة انما تؤخذ من أموال الدولة ومن مجموع الأفراد وعلى حساب المصلحة العامة ، مع أن الأعمال التي تؤدي تكون لمصلحة المجموع لا لمصلحة من يقيمونها لحساب المجموع . ويقابل ذلك أن التعاقد مع الادارة - مع حسن وزنه للأمور وسلامة تقديره واتخاذ الحيلة الواجبة - قد تصادفه عند التنفيذ ظروف استثنائية وأمور لم تكن في الحسبان ، وصعوبات غير منظورة لم يكن يتوقعها ، أو يتعرض لمخاطر ادارية أو اقتصادية وينشأ عن ذلك زيادة أعبائه المالية زيادة يختل معها التوازن المالي للعقد ، ويصاب بخسارة محققة ، فيكون من حقه على جهة الادارة ألا يتحمل وحده كل الغرم وأن تساهم معه جهة الادارة بقدر معين ، فتعوضه تعويضاً عادلاً عما يصيبه من أضرار ولو لم يكن هناك خطأ من جانب الجهة الادارية التي تعاقد معها ، تأسيساً على أنه ليس من العدل والانصاف وحسن النية في المعاملات أن يترك مثل هذا التعاقد فريسة لظروف سيئة لا دخل له فيها وبدون أى تعويض استناداً الى نصوص العقد الحرفية ، ولمجرد الحرص على تحقيق الوفرة المالي والرغبة الملحة فى الحصول على المهمات والأدوات أو انجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار ، لأن معنى ذلك ، استباحة نهبه وتدميره وتضحيته وهو أمر - الى جانب مجافاته للعدالة - فانه لا يتفق والمصلحة العامة ، اذ ينتهى الأمر الى احدى نتيجتين : اما الى خروج المقاولين أو متمهدين التوريد الأمانة الأكفاء من سوق التعامل مع الدولة ، أو انصرافهم عن الاشتراك فى المناقصات مستقبلاً ، فيتلقف الزمام غير الأكفاء وغير الأمانة ، وتقع المنازعات والاشكالات التي تنتهى الى تعطيل المرافق العامة ، وبخاصة بالنسبة للأعمال الانتاجية والاقتصادية والمعمارية الضخمة ذات الأهمية الخاصة ، وبما تتطلبه من كمال فنى ودراسات وأبحاث وتجارب لا تتوافر الا فى طائفة معينة من الشركات الكبرى ، بما لها من امكانيات فنية ومالية وادارية وما تملكه من آلات وأدوات خاصة واما أن يعتمد هؤلاء الى تأمين أنفسهم بأن يحتسبوا ضمن أسعار التكلفة ، وبالتالي من ضمن

أسعار عطاءاتهم ، مبلغا للاحتياط ضد تلك المضار والأخطار المحتملة ، وتكون النتيجة زيادة عامة فى الأسعار التى تتم بطريق المناقصة ، مما يفوت على جهة الادارة غرضها فى الحصول على أصلح الأيدى العاملة بأفضل الأسعار وأنسبها - وهذه كلها نتائج يجب تفادى الأسباب المؤدية اليها لأنها لا تتفق والمصلحة العامة كما سبق القول ... يضاف الى ما تقدم أن لجهة الادارة ميزة الخروج على مبدأ المساواة بين طرفى العقد بثبوت حقها فى تعديل العقد من جانبها وحدها وفى الحدود التى تقتضيها المصلحة العامة ، وهى اذ تمارس سلطة التعديل كحق مشروع مقرر لها يمكن أن تزيد من الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد معها ، ولذلك فانه - تحقيقا للعدالة - يكون من حق المتعاقد مع الادارة أن يعوض تعويضا عادلا عن الأضرار التى تلحق بمركزه التعاقدى أو تقلب ظروف العقد المالية على أثر ممارسة الادارة لسلطة التعديل ، ذلك لأن ايثار ضرورات المرافق العامة على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الادارة ، ليس معناه التضحية بهذه المصالح ، بحيث يتحمل المتعاقد مع الادارة وحده عبء جميع هذه الأضرار ، ولضرورة قيام التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين وتعادل كفتى الميزان بينهما ، والا انتهى الأمر الى النتائج السابق بيانها ، وهى لا تتفق مع المصلحة العامة بل هى لا تحققها فى قليل أو كثير ... »

وفى فقرة أخرى من الحكم ذاته تقول المحكمة فى نفس المعنى :

« ان من طبيعة العقود الادارية أنها تحقق بقدر الامكان توازنا بين الأعباء التى يتحملها المتعاقد مع الادارة وبين المزايا التى ينتفع بها اعتبارا بأن نصوص العقد تؤلف فى مجموعها كلا من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين ، فاذا ترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الادارة زيادة فى أعبائه المالية ، فانه ليس من العدل ولا من المصلحة العامة نفسها أن يتحمل المتعاقد وحده تلك الأعباء ، بل يكون له فى مقابل ذلك أن يحتفظ بالتوازن المالى للعقد تأسيسا على أن هذا العقد ينظر اليه كوحدة من حيث تحديد الحقوق

المالية للمتعاقد ، فإذا ما انتهت تدخل الإدارة في العقد بالتعديل الى
الاخلال بهذه الحقوق كما حددت عند إبرام العقد ، فيجب إعادة
التوازن المالي للعقد الى ما كان عليه . كما أنه إذا كان حق الإدارة
في التعديل أمرا يفترض قيامه في ذهن المتعاقد مع الإدارة عند إبرام
العقد بحيث يكون للدائرة استعمال هذا الحق من غير أن ينص عليه
في العقد ، فإنه يجب أن يقابل هذه السلطة حق آخر للمتعاقد في
أنه يقدر من جانبه هو أيضا أن جهة الإدارة ستعوضه عما يلحقه من
ضرر نتيجة لممارستها سلطة التعديل . وهذا التعويض يقوم على أنه
لا يتصور أن المتعاقد مع الإدارة يقبل معاونتها في تسيير المرفق
بالمجان وبغير مقابل ، بل الطبيعي أنه قرر طبقا لتقديراته أنه
سيظفر مقابل التزاماته العقدية بفائدة معينة وبيع معلوم ، فإذا
سلم للإدارة بحق التعديل تحقيقا للمصلحة العامة ، فإن العدالة تأبى
حرمان المتعاقد من حقه المشروع في الفائدة أو الربح الذي قدره عند
إبرام العقد ... هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإنه إذا قام
في الاعتبار أنه من الأمور المسلمة أن يحقق المتعاقد مع الإدارة
مصلحته الخاصة ، كما أنه كما من الأمور المسلمة كذلك أن تحقق
الإدارة المصلحة العامة ، فإنه لا يكون للمتعاقد وجه للشكوى - في
حالة التعديل - إذا عوضته الإدارة بما يتناسب مع ما كان يقدره
لنفسه من ربح أو فائدة عند إبرام العقد ... وبهذه الضوابط
تكون العقود الإدارية قائمة على وجود تناسب بين الالتزامات التي
تفرضها ، والفوائد التي يجيبها المتعاقدون منها . فإذا قامت جهة
الإدارة بأجراء تعديل أو تغيير في هذه الالتزامات ، فإن الفائدة
تتغير هي الأخرى وبطريقة آليه تبعا لذلك ، حتى يظل التوازن المالي
للعقد قائما ، إذ أن هذا التوازن المالي أمر مفترض في كل عقد
إداري ، ومن حق المتعاقد مع الإدارة أن يמוש على مقتضاه ، دون
حاجة الى النص على ذلك في العقد ، لأنه ليس مما يتفق مع العدالة
والمصلحة العامة أن يتحمل هذا المتعاقد وحده عبء التعديل ويحرم
عليه الاحتفاظ بالتوازن المالي للعقد ، كما أن إيثار ضرورة المرفق

العام على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الادارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل المتعاقد وحده جميع الأضرار الناشئة عن التعديل . . . ولو أن الأمر جرى على خلاف ذلك وأبيع للادارة حق التعديل دون أن تلتزم مقابل ذلك بالتعويض على أساس التوازن المالي للمعقد ، لانتهى الأمر من الناحية العملية الى أن أحدا من الناس لن يقبل المجازفة فيبرم مع الادارة عقدا يخضع لمحض تحكم سلطتها العامة ويتمرض فيه الى خسارة محققة لا يميل الى تعويضها . . .

وواضح من صياغة الفقرات السابقة من حكم محكمة انقضاء الادارى أن المحكمة قد أخذت بالأفكار الراجعة فيما يتعلق بنظرية التوازن المالي للمعقود الادارية^(١) .

هذا ولقد أخذت الجمعية العمومية للقسم الاسشارى بذات المبدأ ، فى فتواها الصادرة فى ٤ فبراير سنة ١٩٥٦^(٢) ، فبعد أن سلمت بحق الادارة الأصل فى « تعديل الشروط اللائحية لمقد الالتزام فى أى وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة ، دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم » استطردت تقول : « على أنه وان كان استكمال مانح الالتزام لحقه فى تعديل التعريف بتخفيضها أو تعديل شروطها لصالح المنتفعين أمرا مشروعا فى ذاته ، الا أن ايثار المصالح العام على المصالح الخاص للملتزم ليس معناه تضحية هذه المصالح بحيث يتحمل الملتزم وحده جميع الأضرار ، فاذا ترتب على انقاص التعريف خسارة ، فعلى مانح الالتزام أن يعرضه عن هذه الخسارة اذ من المسلم أن للملتزم حقا فى التوازن المالي للمشروع ، وأن السلطة مانحه الالتزام ملزمة برد هذا التوازن اذا اختل نتيجة لتدخلها بتخفيض التعريف مثلا ، وأن لها وحدها اختيار الوسيلة التى تتبع لتعويض الملتزم . . . » .

(١) وراجع حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٩ يونية سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ١٠٢٤) وقد جاء فيه « وقد ترتبت عليه (زيادة السعر) زيادة اعيام الشركة بتحميلها خسائر فادحة الى حد الاخلال بتوازن المقد اخلا جسيما » .

(٢) سبقت الاشارة اليها .

ثم ان المحكمة الادارية العليا تشير بكثرة الى فكرة « التوازن المالى أو الاقتصادى للعقد الادارى » ومن ذلك على سبيل المثال من احكامها الحديثة :

(أ) حكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٨٧٤) وقد جاء فيه : « ... خفضت المحكمة الاتاوة المتعاقد عليها تحقيقا للتوازن المالى للعقد ... ومن شأن ماطراً من ظروف أن تقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب » .

(ب) حكمها الصادر فى ١٤ يونية سنة ١٩٦٩ (س ١٤ ، ص ٧٧٨) حيث تقول : « والصعوبات « الفة الذكر لا ترقى الى مستوى الحوادث ... التى يغتزل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً » .

(ج) حكمها الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ (س ١٧ ، ص ٥٧٦) وقد تضمن قولها : « طرأت أثناء تنفيذ العقد الادارى ظروف أو أحداث ... قلبت اقتصادياته » .

٦ - على أن فكرة التوازن المالى للعقد الادارى ، هى أساس عام ، ولا يكفى التسليم بها للحكم على مدى التعويض الذى يستحقه المتعاقد وأوضاعه ، وانما يجب دراسة تطبيقات حالات التعويض التى جرى القضاء الادارى على التسليم بها فى غير حالة الخطأ المنسوب الى الادارة . وبالرجوع الى القضاء الادارى فى هذا الخصوص ، نجد أن ثمة حالات ثلاث يمنع فيها انقضاء الادارى تعويضاً للمتعاقد دون حاجة الى اثبات خطأ فى جانب الادارة ، وهذه الحالات هى :

أولاً - عمل الأمير .

ثانياً - الظروف الطارئة .

ثالثاً - الصعوبات المادية وغير المتوقعة التى يواجهها المتعاقد فى التنفيذ .

واذا كان ظاهر التسمية قد يوحي باستقلال كل فكرة من الأفكار السابقة عن الأخرى ، فان حقائق الأمور - لا سيما فى الوقت الحاضر - تكذب ذلك ، فقد تداخلت الأفكار الثلاث الى حد كبير ،

بحيث أصبح الأمر الواحد يوصف بوصفين مختلفين أو على الأقل يتردد المرء طويلا قبل أن ينمته بوصفه الصحيح . ولا غرابة في ذلك ، فهذه الأفكار والنظريات هى من خلق القضاء، وأول صفات القضاء المرونة . ومن ناحية أخرى فإن الأفكار الاشتراكية التى غدت الطابع المميز للدولة الحديثة ، قد غيرت الى حد كبير من الأفكار القانونية الأساسية فى مجال القانون العام ، بل وفى نطاق القانون الخاص ذاته .

ويكفى أن نشير من الآن الى أن الأفكار الثلاث السابقة كان يقوم التمييز بينها على أساس التفرقة بين المخاطر الادارية والمخاطر الاقتصادية . ولقد غدت هذه التفرقة غير ذات موضوع فى الوقت الحاضر ، نظرا لهيمنة الادارة شبه التامة على الظروف الاقتصادية وشروط العمل والانتاج ، بحيث أصبحت الادارة وراء المخاطر الاقتصادية فى معظم الحالات . وهذا هو السر الحقيقى لما سوف نعرض له من تطور فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى . وقد يحس غير المتمعم فى الأمور بتضارب القضاء وتردده ، ولكن هذا الشك يزول متى أرجعت الحلول القضائية الى أسبابها الحقيقية ، مع عدم اغفال الطابع العملى لقضاء مجلس الدولة الفرنسى والذى المعنا اليه فيما سلف .

ومع التسليم بالملاحظة السابقة ، فانه من الأفيد للعرض العلمى ، أن ندرس النظريات السابقة وفقا للترتيب المتقدم ، ثم نعقد مقارنة مركزة بينها .

نظرية عمل الأمير^(١)

«Le fait du prince»

١ - هذه النظرية قديمة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، وهى من خلق هذا المجلس ، وبالتالي فلم يعرفها القضاء المصرى قبل انشام

(١) راجع رسالة الدكتور ثروت بدوى بهذا العنوان ، وهى بالفرنسية ، طبعة سنة ١٩٥٥ وقد سبقت الإشارة اليها .

مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ ، لأن هذا القضاء - كما ذكرنا - مقيد بالقواعد المدنية . وبالرغم من انتشار هذه الفكرة وتداولها في انقضاء الادارى وفي كتب الفقهاء ، فانها ما تزال غير واضحة الحدود ، وأحيانا يقع الخلط بينها وبين نظرية الظروف الطارئة ، للأسباب التى سبق أن أشرنا إليها . وكثيرا ما أشار الفقهاء الى تطور فكرة عمل الأمير والى مرونتها^(١) .

ويمكن أن نمرف عمل الأمير بصفة عامة بأنه عمل يصدر من سلطة عامة ، دون خطأ من جانبها ، ينجم عنه تسوء مركز المتعاقد فى عقد ادارى ، ويؤدى الى التزام جهة الادارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التى تلحقه من جرم ذلك ، بما يعيد التوازن المالى للمقد^(٢) .

٢ - وتأخذ محكمة القضاء الادارى بتعريف مقارب ، فهى تقول فى حكمها الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (وقد سبقت الإشارة اليه) « ٠٠ ان المقصود بعبارة « فعل الأمير » هو كل اجراء تتخذه السلطات العامة ، ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الادارة أو فى الالتزامات التى ينص عليها العقد ، مما يطلق عليه بصفة عامة « المخاطر الادارية » وهذه الاجراءات التى تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الادارية التى أبرمت العقد ، وقد تتخذ شكل قرار فردى خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامة » .

(١) من أقدم من لاحظ ذلك ، العميد هوريو ، فقد ورد فى تعليقه على حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١١ مارس سنة ١٩١٠ فى قضية «Comp. gén. fr. de tramways» والمتشور فى مجموعة سبرى سنة ١٩١١ ، القسم الثالث ص ١ قوله : «La catégorie du fait du prince est peut-être une des catégories juridique provisoires, dans les quelles on range tout d'abord des cas qui surprennent parce qu'ils font exception à des idées reçues; puis plus tard, on s'aperçoit que ces cas sont disparates, et qu'il vaudrait peut-être mieux les étudier chacun dans leur particularité».

(٢) يعرفه الأستاذ فالين فى موطوله فى القانون الادارى ، الطبعة السادسة ، بقوله :

«On appelle fait du Prince, un acte de l'autorité publique aggravant, sans fant, la situation d'un co-contractant d'une collectivité publique».

وعرفتھا الجمعية العمومية للقسم الاستشاري في فتواھا الصادرة في ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٦٤ (ص ١٩ ، ص ٥١) بأنها « صدور اجراء خاص أو عام من جانب جهة الادارة المتعاقدة ، لم يكن متوقعا وقت التعاقد ، يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالتعاقد لا يشاركه فيه سائر من مسهم هذا الاجراء » . كما أن المحكمة الادارية العليا تشير الى ذات النظرية في حكمها الصادر في ١١/٥/١٩٦٨ (مجموعة المبادئ المؤقتة ص ٦٦) حيث تؤكد أن تدخل القضاء الاداري لتحقيق التوازن المالي للمقد الاداري تطبيقا لنظرية فعل الأمير مناصرة توافر شروط هذه النظرية ، ومن بينها شرط أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الادارة المتعاقدة .

٣ - ويستعمل الفقه ومعظم أحكام مجلس ائدولة المصري ، تسمية « عمل الأمير » أو « فعل الأمير » وهي المقابل الحرفي للاصطلاح الفرنسي . ولكننا وجدنا حكيمين قديمين نسبيا لمحكمة القضاء الاداري ، عدلت فيهما عن تلك التسمية واستبدلت بها تسمية « عمل الحاكم » فقد جاء في حكمها الصادر في ٢ يونية سنة ١٩٥٣^(١) قولها : « ... وعقود الالتزام لا تستجيب للتعديل الا اذا تعرضت لاختلال مالي نتيجة لامتهداف الملتزم فيها لمخاطر اقتصادية (L'aléa économique) أو لمخاطر ادارية (L'aléa administratif) وهذه المخاطر ينوعها هي نطاق تطبيق نظريتي الظروف غير المتوقعة (Théorie de l'imprévision) وعمل المحاكم (Théorie du fait du prince) ونظرية عمل الحاكم تستلزم صدور اجراءات عامة من جانب السلطة العامة » .^(٢)

ولقد سبق لنا انتقاد هذه التسمية الجديدة^(٣) ، لأن التسمية الأولى مستقرة في الفقه ، وتقابل حرفيا الاصطلاح الفرنسي الذي

(١) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة السابعة ، ص ١٣٩٧ .
(٢) وورد ذات الاصطلاح في حكم المحكمة الصادر في ١٦ يونية سنة ١٩٥٣ ، السنة السابعة ص ١٥٦٣ .
(٣) مؤلفنا « مبادئ القانون الاداري المصري والمقارن » الطبعة الثانية سنة ١٩٥٧ ، ص ٤٧٢ الهامش ، والطبعة الأولى سنة ١٩٥٥ والطبعات التالية .
(م - ٤٠ العقود الادارية)

أخذنا عنه أحكام النظرية ، كما أن اصطلاح « الأمير » أقرب دلالة على المعنى المراد من اصطلاح « الحاكم » فضلا عن أنه جرى منذ القدم في اصطلاحاتنا القانونية والشرعية . ولهذا لم نجد أثرا للتسمية الجديدة في أحكام المجلس في الوقت الحاضر . كما أن المحكمة الادارية العليا - كما سنرى - تجرى على استعمال اصطلاح « فعل الأمير » .

٤ - وفيما يلي نعرض أولا لتحديد المقصود بعمل الأمير ، ثم نذكر ما يترتب عليه من نتائج .

المطلب الأول

تحديد عمل الأمير

١ - لكي تطبق نظرية عمل الأمير ، يجب أن تتوافر الشروط الآتية :

أولا : يجب أن يكون ثمة عقد من العقود الادارية بمعناها المتفق عليه ، والذي حدده في القسم الأول من هذا المؤلف . فنظرية عمل الأمير هي الأفكار الادارية التي لا مقابل لها في القانون الخاص . ولهذا فلا محل لتطبيق نظرية عمل الأمير الا بصدد منازعة تتعلق بعقد اداري . وبالرغم من حداثة اختصاص محكمة القضاء الاداري المصرية في مجال العقود الادارية ، فانها قد أبرزت هذا الشرط أكثر من مرة ، فهي في حكمها الصادر في ٣ مارس سنة ١٩٥٧ مثلا تقول : « متى كان الأمر بين الشركة وبين الحكومة خارجا عن نطاق الرابطة العقدية ، فان طلب التعويض عن الأضرار التي تترتب على التشريع الجديد امتنادا الى نظرية « عمل الأمير » يكون على غير أساس سليم من القانون ، اذ من المقرر أن المسؤولية انتمى ترتب التعويض في نطاق نظرية « أعمال الأمير » لا تقوم الا في حالة ما اذا كان الضرر بسبب التشريعات الجديدة تربطه بالدولة رابطة تعاقدية أثر فيها التشريع الجديد ، بأن زاد في الأعباء التي يتحملها

في تنفيذ التزاماته بمقتضى العقد ، وأن تؤدي هذه الزيادة في الأعباء المالية الى الاخلال بالتوازن المالى للعقد » (١) .

ثانيا : أن يكون العمل المضار صادرا من جهة الادارة المتعاقدة ،
فعمل الأمير - كما يدل عليه اسمه - يفترض صدور عمل أو تصرف من سلطة عامة ، يكون من شأنه أن يلحق ضررا بالمتعاقدين . وسوف نرجع الى الدراسة التفصيلية لكنه هذا العمل ولصوره مؤقتا ، لأن هذا العمل هو جوهر النظرية ، ونكتفى بأن نوضح فى هذا المقام أن قضاء مجلس الدولة الفرنسى يجرى فى الوقت الحاضر على قصر تطبيق نظرية « عمل الأمير » على الأعمال التى تصدر من جهة الادارة المتعاقدة وحدها ، وتطبيق نظرية الظروف الطارئة على ما عداها .

وهذا الشرط لم يحدده مجلس الدولة الفرنسى الا فى وقت حديث نسبيا . ومن أهم أحكامه فى هذا الصدد ، حكمه الصادر فى ٤ مارس سنة ١٩٤٩ فى قضية « Ville de Toulon » (٢) وفى ١٥ يوليو سنة ١٩٤٩ فى قضية « Ville d'Elbeuf » (٣) .

يفترض هذا الشرط التسليم بوجود أشخاص معنوية عامة بجوار الدولة . والأشخاص المعنوية العامة المعروفة هى الدولة ،

(١) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ١١ ص ٢٣٩ . كما أنها تؤكد ذات المبدأ فى حكمها الصادر فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٦ ، ذات المجموعة ص ٧٦ حيث تقول : « ومن حيث أنه لا محل لبحت ما أثاره المدعى بشأن تطبيق أحكام نظريتي الظروف الطارئة وعمل الأمير ، إذ أن ذلك يفترض استثناء التعويض الى عقد ادارى تأسيسا على المخاطر الادارية ، وقد بان مما تقدم أن سند الدعوى - من حيث الوجه الذى يرتب ولاية هذه المحكمة بالفصل فيها - يخرج من مجالات المقعد الادارى ، ولا يدخل الا فى نطاق تعويض مقدم من أحد الأفراد عن قرارات ادارية نهائية . ومن حيث أنه لما تقدم ينتفى ركن الخطا الموجب للمسئولية - - - » .

(٢) المجموعة ص ١٩٧ ويتعلق بأثر بعض التصرفات التى أجرتها الدولة وأثرت على عقد ادارى أبرمته مدينة مع أحد الأفراد . يقول المجلس فى هذا الحكم :

« Il est constant que les mesures d'obscureissement dont la Société du gaz et l'électricité du Sud-Est fait état et qui ont entraîné une diminution de ses recettes n'ont pas été le fait de la ville de Toulon, mais ont, été ordonné par l'autorité militaire durant les hostilités ; ainsi la diminution des recettes est uniquement due à des circonstances exceptionnelles, indépendantes du fait des parties. »

(٣) المجموعة ص ٣٥٨ .

والمحافظات والمراكز والمدن والأحياء والقرى والهيئات العامة^(١) .
فاذا ما تماقد شخص من أشخاص القانون العام هذه ، فيجب أن
يصدر عمل الأمير منه ، أما اذا صدر من شخص معنوى آخر ، فحينئذ
تطبق نظرية الظروف الطارئة .

ثالثا : يجب أن يترتب على عمل الأمير ضرر للمتماقد .
ولا يشترط هنا درجة معينة من الجسامة في الضرر ، فقد يكون هذا
الضرر جسيما أو يسيرا ، وقد يتمثل في ضرر فعلي يصيب المتماقد ،
وقد يكون مجرد انقاص في الربح الذي عول عليه ، وكل ما يتطلبه
مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد هو حدوث اختلال في التوازن
المالي للمقد بالمعنى الذي حددناه فيما سبق . وبهذا الشرط يتميز
« عمل الأمير » عن نظرية الظروف الطارئة كما سنرى .

رابعا : يفترض « عمل الأمير » أن الادارة المتماقدا لم تخطئ
حين اتخذت عملها الضار . ذلك أن التزام الادارة بمقتضى المبدأ ،
لا يمكن أن يقيد تصرفاتها كسلطة عالة تستهدف تحقيق الصالح
العام . فاذا ما تصرفت جهة الادارة المتماقدا ، في حدود سلطاتها ،
وترتب على تصرفها ضرر للمتماقد ، فإن الادارة تسأل في نطاق
نظرية عمل الأمير بصرف النظر عن قيام خطأ في جانبها ، ذلك أن
المسئولية في نطاق تلك النظرية ، وإن كانت مسئولية عقدية ،
إلا أنها مسئولية عقدية بلا خطأ « responsabilité contractuelle sans faute »
أما اذا انطوى تصرف الادارة على خطأ ، فإنها تسأل على أساس
هذا الخطأ .

خامسا : يجب أن يكون الاجراء الصادر من الادارة غير متوقع
« imprévisibilité du fait dommageable » وتشارك نظرية عمل الأمير

(١) وتترك جانباً المشكلة التي تثار في الوقت الحاضر حول أشخاص القانون العام الجديدة كالنقابات المهنية ، كتقابات المعايين والمهندسين ، والأطباء ... الخ والهيئات ذات الشخصية المعنوية التي تشرف على بعض أنواع الانتاج ك مكاتب القص والصنيح ... الخ والتي يذهب مجلس الدولة في فرنسا إلى اعتبارها من أشخاص القانون العام دون أن يقطع فيما إذا كانت تمتع من قبيل المؤسسات العامة . وقد مرصنا لهذه المشكلة في القسم الأول من هذا المؤلف .

فى هذا الشرط نظريتا الظروف الطارئة ، والصمويات المادية غير المتوقعة . فاذا توقع العقد الاجراء ، فان أحكام نظرية عمل الأمير تستبعد ، وتطبق النصوص التعاقدية ، ويكون الأمر أمر تفسير لهذه النصوص . وقد أبرزت محكمة القضاء الإدارى المصرية هذا الشرط بوضوح فى حكمها الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٧ قضائية) حيث تقول : « ومن شروط تطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون الاجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد ، فاذا ما توقعته نصوص العقد ، فان المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف الأمر الذى يترتب عليه تعذر الاستناد الى نظرية « فعل الأمير »^(١) . وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا فى حكمها الصادر فى ١١/١/١٩٦٩ (مجموعة المبادئ ص ١٨٧٥) حيث تعلن أن نظرية فعل الأمير « انما يلجأ اليها فى حالة طلب التمويض عن أمر غير متوقع وقت ابرام العقد ... » وفى الموضوع رفضت اقرار النظرية لأن زيادة الرسوم الجمركية والضرائب وأجور النقل أو نقصها كان متوقعا عند ابرام العقد ونص عليه فى الشروط العامة .

وشرط عدم توقع الاجراء واضح ولا خلاف عليه فيما يتعلق بالاجراءات العامة . ولكن عمل الأمير ينفى الاجراءات الخاصة التى تصدر من الإدارة وتؤدى الى تعديل شروط العقد . ونحن نعلم من ناحية أخرى أن للإدارة الحق فى تعديل شروط العقد دون حاجة لرضاء المتعاقد حتى ولو لم ينص على هذا الحق فى العقد . فكيف يمكن القول بأن المتعاقد فى هذه الحالة لم يتوقع التعديل ؟ الرأى هنا ، على أن شرط عدم التوقع لا يتصرف الى أصل الحق فى التعديل - لأن هذا الحق متوقع دائما ، ويفترض علم المتعاقد به - ولكنه

(١) وبهذا المعنى حكمها الصادر فى ١٦ يونية سنة ١٩٥٣ المجموعة ، السنة السابعة ص ١٥٦٣ حيث يقول : « أما أساس تطبيق نظرية أعمال الحاكم (الأمير) فهى أفعال تأتينا السلطة العامة ولم تكن متوقعة وقت التعاقد ، ويترتب عليها جعل تنفيذ التزامات المتعاقد مرهقا ... » .

(٢) ورأت المحكمة أن الشرطين الخامس والسادس غير متوافرين فى خصوصية الدعوى . (وراجع من أحكامها الأخرى حكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ ، ص ١٢ ، ص ٨٧٤ وفى ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ ، ص ١٧ ص ٥٧٦) .

ينصرف الى حدود التعديل ومدهاء ، فاذا نظم العقد كيفية اجراء التعديل وحدوده استبعدت النظرية ، أما اذا لم ينظم العقد كيفية ممارسة هذا الحق فان النظرية تطبق^(١) . كما أجملت المحكمة الادارية العليا شروط عمل الأمير في حكمها الصادر في ٢٠ مايو سنة ١٩٦١ (السنة ٦ ص ١١٣٣) حيث تقول : - « اذا كانت العلاقة بين الطاعن والادارة هي عقد ادارى ، فان شروط نظرية « فعل الأمير » التي استند اليها الطاعن في تقرير أحقيته في التمويض ، غير متوافرة في حالته ، ذلك أن شروطها هي :

- ١ - أن يكون ثمة عقد من العقود الادارية .
- ٢ - أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الادارة المتعاقدة .
- ٣ - أن ينشأ عنه ضرر للمتعاقد لا تشترط فيه درجة معينة من الجسامة .

٤ - افتراض أن الادارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار فمستوليتها عقدية بلا خطأ .

- ٥ - أن يكون الاجراء الصادر من الادارة غير متوقع .

٦ - أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه من يمسّه القرار العام^(٢) .

وواضح من هذا الحكم الأساسى ، أن المحكمة الادارية العليا قد أخذت بكافة الشروط التى أوردناها فيما سبق ، بل وبذات الترتيب ، وهو أول حكم للمحكمة فى هذا الصدد فيما نعلم .

- ٢ - بعد تحديد الشروط العامة التى تحكم نظرية عمل الأمير ، يتعين علينا أن ندرس بالتفصيل الصور التى يتقمصها هذا الممثل .

(١) رسالة الدكتور ثروت بدوى . المرجع السابق ، ص ١٢٩ ، والمراجع التى أشار اليها فى هامش هذه الصحيفة .

(٢) ورأت المحكمة أن الشرطين الخامس والسادس غير متوافرين فى خصوصية الدعوى . (وراجع من أحكامها الأخرى حكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ من ١٣ ص ٨٧٤ وفى ١٧ يونية سنة ١٩٢٧ ، ص ١٧ ص ٥٧٦) .

وبالرجوع الى التطبيقات القضائية ، يمكن أن ننظر الى عمل الأمير من ناحيتين :

الناحية الأولى : من حيث طبيعة عمل الأمير في ذاته . وهنا نجد أن عمل الأمير قد يتخذ طابعا عاما أو خاصا .

والناحية الثانية : من حيث أثر عمل الأمير على العقد ، وفي هذا الخصوص قد يؤثر عمل الأمير تأثيرا مباشرا على شروط العقد ، وقد يؤثر على ظروف تنفيذه بما يجعلها أكثر مشقة على المتعاقد .

وفيما يلي نعرض للصورتين السابقتين ، فندرس على التوالي عمل الأمير الذى يصدر فى صورة اجراء خاص ، ثم ذلك الذى تصدره الادارة فى شكل اجراء عام .

الفرع الأول

عمل الأمير فى صورة اجراء خاص

١ - الاجراء الذى يؤدى الى تعديل مباشر فى شروط العقد

رأينا فيما سبق ، أن للادارة الحق فى أن تتدخل مباشرة ، بقرارات منها ، وأن تعدل فى التزامات المتعاقد معها سواء بالنقص أو الزيادة . وسبق أن ذكرنا أن هذا الحق الخطير من جانب الادارة ، يقابله حق المتعاقد فى ضمان التوازن المالى للعقد . ومن ثم فإن نظرية عمل الأمير تتمثل هنا فى أجلى صورها . ولا خلاف بين الفقهاء ولا فى أحكام القضاء على ضرورة تعويض المتعاقد تعويضا كاملا «réparation intégrale» عما يلحقه من جراء تعديل شروط العقد .

وكل ذلك بشرط أن تحترم الادارة القيود التى شرحناها فيما يتعلق بحق التعديل . أما اذا خرجت الادارة على تلك القيود ، فان تصرفها ينطوى على خطأ تعاقدى . ومن ثم فاننا نخرج من نطاق نظرية عمل الأمير - التى تقوم كما ذكرنا على غير أساس الخطأ -

الحالات التي تسأل فيها الإدارة على أساس الخطأ مسئولية قد تؤدي الى فسخ العقد على حسابها ، مع تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً وفقاً للتفصيلات السابقة . ولا داعي للاطالة في هذا الموضوع ، فقد شرحناه بما فيه الكفاية فيما سبق .

٢ - § الاجراء الذي يؤثر على ظروف التنفيذ

١ - ويحدث أن يكون الاجراء الخاص الذى تتخذه جهة الادارة المتعاقدة ، غير مؤثر بطريق مباشر على شروط العقد ، ولكنه يؤدي الى تغيير في ظروف تنفيذ العقد بما من شأنه أن يحمل المتعاقد أعباء جديدة غير متوقعة عند التعاقد . وحينئذ يتعين تعويض المتعاقد أيضاً تعويضاً كاملاً على أساس التوازن المالى للعقد . ويدخل في هذه الطائفة الاجراءات الآتية على سبيل المثال :

أولاً : القرارات التي تصدر من جهة الادارة المتعاقدة الى المتعاقد معها بمقتضى سلطتها في الرقابة والتوجيه ، ولكنها تحمل المتعاقد أعباء جديدة .

ثانياً : بعض اجراءات البوليس التي تصدر من جهة الادارة المتعاقدة ، والتي تؤدي الى زيادة أعباء المتعاقد ، كالأمر الصادر من جهة الادارة - باعتبارها سلطة بوليس - الى الشركة المتعاقدة بنقل أسلاك الكهرباء الى مكان آخر لدواعي المحافظة على سلامة المواطنين^(١) .

ثالثاً : قيام الادارة بأشغال عامة تسبب للمتعاقد أضراراً في

(١) حكم المجلس الصادر في ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ في قضية Sté. Energie élec. trique de la Basse-Loire

وبمع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي قد رفض التمييز في بعض الحالات استناداً الى اعتبارات مختلفة ، راجع في التفاصيل رسالة الدكتور ثروت بدوي المراجع السابق ، ص ١٦٧ وما بعدها . وراجع مطول دي لوبيديز في العقود ، الجزء الثالث ، هامش ص ٥٨ .

تنفيذ العقد ، فهنا يستحق المتعاقد تعويضا على أساس نظرية عمل الأمير اذا أهمل العقد تنظيم هذا الموضوع^(١) .

على أن مجلس الدولة الفرنسي يطبق شروط العقد اذا تولت تنظيم هذا الموضوع سواء بتحديد مقدار التعويض ، أو بتقييده أو باستبعاده^(٢) .

رابعا : قيام الادارة المتعاقدة بأعمال مادية من شأنها أن تزيد في أعباء المتعاقد^(٣) .

٢ - على أن الملاحظ أن ثمة حالات يمكن أن تندرج في هذا المجال ، ومع ذلك لم يعوض عنها مجلس الدولة الفرنسي . ويمكن أن يمثل لها بالمثلين التاليين :

أولا : تتعاقد الادارة في بعض الحالات مع الأفراد على أساس أن تضع تحت تصرفهم المساجين أو المحجوزين في سجن معين . فاذا حدث وسحبت الادارة بعض هؤلاء المساجين ، مما أنقص عددهم الى حد كبير ، فانه لا يحق للمتعاقد المطالبة بتعويض عن ذلك ، سواء أكان

(١) حكم المجلس في ٣ فبراير سنة ١٩٠٥ في قضية (Cie générale des omnibus) مجموعة دالوز سنة ١٩٠٧ ، القسم الثالث ص ٩ مع تقرير المفوض (Saint-Paul) وحكمه في ١١ مايو سنة ١٩٠٦ في قضية (Min. du Commerce) مجموعة ميري سنة ١٩٠٦ ، القسم الثالث ص ١٤٥ ، مع تعليق هوريو .

(٢) حكم المجلس الصادر في ٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ في قضية (Ville de Paris) المجموعة ص ٢٩٢ ، وحكمه الصادر في ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤ في قضية (Sté. L'Energie industrielle) مجلة القانون العام سنة ١٩٤٦ ص ٢١٥ مع تقرير المفوض (Détton) وفي ٩ مارس سنة ١٩٤٩ في قضية (Min des T.P.G.E.D.F.) دالوز سنة ١٩٥٣ ص ٣٠٩ .

(٣) حكم المجلس الصادر في ١١ أبريل سنة ١٩٤٨ في قضية (Ville d'Ajaccio) مجلة القانون العام ، سنة ١٩٤٨ ، ص ٦٠٣ ، حيث يقول المجلس :

«Qu'il ressort des du dossier ... que la Société a rencontré, des difficultés qui étaient imprévisibles de la conclusion du contrat ... que ces difficultés provenaient, d'une part, de l'exécution par la Ville d'installations nouvelles qui ont imposé à la Société un surcroît important de dépenses, sans contre — partie appréciable pour elle ... ».

مرجع هذا التصرف الى نقل المساجين من سجن الى آخر أو الى تعديل
فى قوانين العقوبات^(١) .

ويسرى الحكم السابق على العقود التى تتناول المجندين ، اذا
أنقص عددهم بفعل الادارة^(٢) .

ويفسر الفقهاء مسلك مجلس الدولة الفرنسى فى هذا المجال ،
بطبيعة تلك العقود ، فالمتعاقد فيها يعلم سلفا أن عدد المحبوسين
أو الجنود قابل للزيادة أو النقص فى جميع الحالات ، وأن الادارة
لا يمكن أن تضمن له عددا محدد ، ومن ثم فإن العمل هنا يكون
متوقعا مما يفقد النظرية شرطا أساسيا من شروط تطبيقها^(٣) .

وأحيانا يشير مجلس الدولة الفرنسى ذاته الى هذا التبرير ، كما
حدث فى حكمه الصادر فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ فى قضية *Durand*
et *Poitevin* حيث يصف المجلس صراحة ترحيل بعض المساجين بأنه
«ne constituait pas un événement imprévisible»

**ثانيا : ولا يعوض مجلس الدولة الفرنسى أيضا على أساس عمل
الأمير ، إذا كان الضرر الذى يطالب المتعاقد بتعويضه يرجع الى
ارتفاع الأسعار نتيجة لتدخل الادارة فى السوق ولشرائها كميات
كبيرة «achats massifs» من المواد أو البضائع موضوع التعاقد^(٤) .**

وقد يكون مرجع ارتفاع الأسعار أو أجور العمال الى تنفيذ
الادارة لأعمال جديدة فى منطقة مجاورة للمنطقة التى يقوم المتعاقد

(١) حكم المجلس الصادر فى ٣ أبريل سنة ١٩٠٣ فى قضية (Mistral)
المجموعة ص ٣٠٥ وفى ١٤ يناير سنة ١٩٢٠ فى قضية (Galby) المجموعة ص ٢٥
وفى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ فى قضية (Durand et Poitevin) المجموعة
ص ٦١٧ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٧ مارس سنة ١٩٢٧ فى قضية (Dupuy et Chantard)

(٣) مؤلف الفقيه دى لوبادير ، الجزء الثالث ص ٦١ حيث يقول :

«La non application de la théorie du fait du prince peut donc s'expliquer ici
par l'absence de la condition d'imprévisibilité».

(٤) حكمه الصادر فى ١٩٢١ فى قضية (Gotté) المجموعة ص
٣٥٠ ، وفى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥١ فى قضية (Hubre et Massari) مجلة القانون
العام سنة ١٩٥٢ ص ٥٢٤ .

فيها بتنفيذ التزاماته ، وهنا أيضا يجرى مجلس الدولة على عدم التمويض^(١) .

ومن هذه الحالة أيضا أن تقوم الادارة بدفع أجور أو أسعار أعلا من تلك التي تعاقدت عليها في اتفاقات أو عقود تبرمها بعد التعاقد الأول^(٢) .

ولقد برر العميد هوريو رفض التمويض في هذه الحالات على أساس أن فكرة عمل الأمير تفترض أن يصدر العمل من الادارة كسلطة عامة . أما في هذه الصورة فإن الادارة تتدخل كأى متعاقد عادى^(٣) . ولقد أيد هذا التبرير الدكتور ثروت بدوى في رسالته المشار اليها^(٤) . أما الفقيه دى لوبادير ، فإنه يرى أن تبرير هوريو من شأنه أن يؤدى الى تضيق نطاق نظرية عمل الأمير دون مبرر يقصرها على الأضرار المترتبة على أعمال السلطة دون التصرفات العادية . ومن ثم فقد التمس التبرير في كون الأضرار التي تلحق المتعاهد غير مباشرة^(٥) « La préjudice n'est pas direct » . واستند في ذلك الى بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسى التي أشارت الى هذا التبرير صراحة^(٦) .

ونحن نرجح هذا التبرير الأخير : فالحقيقة أن التمييز بين أعمال السلطة والتصرفات العادية كان الأساس الذى يقوم عليه القانون

-
- (١) حكم المجلس فى ١٩ مايو سنة ١٨٦٤ فى قضية (Jacquolot) المجموعة ص ٤٦٩ ، وفى ١٨ مارس سنة ١٩٧٥ فى قضية (ver Hugnet) المجموعة ص ٢٨٣ .
(٢) حكم المجلس فى ٨ مارس سنة ١٩٠١ فى قضية (Prevot) مجموعة سبرى سنة ١٩٠١ القسم الثالث ص ٧٣ مع تعليق هوريو ، وفى ٢٧ مارس سنة ١٩٢٠ فى قضية (Consort Feron) المجموعة ص ٣٧٥ ، وفى ١٣ فبراير سنة ١٩٢٤ فى قضية (Grandchamp) المجموعة ص ١٧٧ .
(٣) كان ذلك مناسبة تعليقه على حكم (L'évêque) المشار اليه فى الهامش السابق .
(٤) ص ١٨٢ من رسالته ، وقد أشار فى هامشها الى طائفة من الفقهاء الذين أيدوا هوريو .

- (٥) مطوله فى المقود ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ص ٦١ .
(٦) من ذلك حكم المجلس فى قضيتي (Grandchamp) و (Vve Hugnet) المشار اليهما قيما سبق .

الادارى حتى مطلع هذا القرن - ولكنه هجر فى الوقت الحاضر لفساد الاعتبارات التى يقوم عليها ، كما ذكرنا فى بداية هذا المؤلف - ومن ثم فيجب هجره - هذا فضلا عن أن الادارة حينما تتعاقد - حتى فى نطاق العقود الادارية - كانت تعتبر أنها تقوم بتصرف عادى لا بعمل سلطة وفقا لتلك النظرية ، فيكون من التناقض الاستناد اليها فى هذا المجال - ولا شك أن فكرة الضرر غير المباشر كافية لتبرير الحلول التى قال بها المجلس فى هذا الخصوص -

ثم انه اذا كان المجلس قد رفض تطبيق نظرية عمل الأمير فى هذه الحالات ، فانه يطبق عليها نظرية الظروف الطارئة متى استوفت شروطها كما سنرى عند دراستنا لهذه النظرية الأخيرة -

وفيما عدا تدخل الادارة مباشرة لتعديل شروط العقد ، فان احكام القضاء الادارى المصرى فى هذا المجال نادرة - ولعل من أوائها حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٨٧٤) فى ظروف تتلخص فيما يلى : تعاقدت « الهيئة العامة لشئون النقل المائى الداخلى » مع أحد المواطنين لتسيير خط ملاحى نهري بين مصر القديمة والواسطى (الخرمان) مقابل اتاوة مقدارها ٤٣٠٠ جنيه - ثم قامت هيئة النقل البرى - بعد ذلك - بتسيير أتوبيس برى من القاهرة الى حلوان فالصف - وسيرت محافظة القاهرة أتوبيسات نهريية بين القاهرة وحلوان - وترتب على ذلك كله أن انخفضت موارد الملتزم الذى طالب بتخفيض الاتاوة ، « لأن الظروف السابقة أثرت على نشاطه وحملته بخسائر لم تكن فى الحسبان » -

قضت محكمة القضاء الادارى بتعديل قيمة الاتاوة ، وتخفيضها من ٤٣٠٠ جنيه الى ٢٥٠٤ جنيه اعتمادا على أن ما حدث يعتبر تعديلا لشروط العقد - فلما وصل النزاع أمام المحكمة الادارية العليا ، فسرت قضاء محكمة القضاء الادارى على أنه تطبيق لنظرية فصل الأمير ، لأن الحكم - على حد قول المحكمة الادارية العليا - « وان

لم يفصح عن ذلك صراحة ، فقد أشار الى أن الجهة الادارية قامت بتعديل الترخيص للوفاء بحاجة المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة دون خطأ من جانبها ، وبناء على ذلك خفضت المحكمة الاتارة المتعاقد عليها ، تحقيقا للتوازن المالى للمقد . - واستطردت المحكمة الادارية العليا تقول فى حكمها المشار اليه ، ان من شروط نظرية « فعل الأمير » أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الادارة المتعاقدة . فاذا صدر هذا الفعل عن شخص معنوى عام غير الذى أيرم المقد ، تخلف أحد شروط فعل الأمير ، وامتنع بذلك تطبيق أحكامها . ولكن ذلك لا يحول دون تطبيق نظرية الحوادث الطارئة اذا ما توافرت شروطها . - فكانت المحكمة الادارية العليا تسلم بأن الأفعال الضارة ، لو أنها صدرت من جهة الادارة المتعاقدة ، لتوافرت شروط تطبيق نظرية فعل أو عمل الأمير . ولكنها استبعدت تطبيقها ، لأن الأفعال الضارة - وهى ذات طابع خاص - صدرت من جهات ادارية أخرى ، وبهذا تأخذ المحكمة بأحدث مواقف القضاء الادارى الفرنسى كما ذكرنا فيما سبق .

الفرع الثانى

عمل الأمير فى صورة اجراء عام

١ - ونقصد بالاجراء العام هنا ، صدور قوانين أو لوائح من جهة الادارة المتعاقدة يكون من شأنها زيادة أعباء المتعاقدة مع الادارة . فهل يجب تمويض المتعاقدة فى هذه الحالات عن الأضرار التى تناله من جراء هذه الاجراءات العامة ؟! لقد ذهب رأى مرجوح فى الفقه الى انكار تطبيق النظرية فى هذه الحالة ، ما دام المتعاقد غير مقصود بذاته بهذه الاجراءات العامة ، وأنها تنصب على جميع المواطنين . وهذا ما ذهب اليه المفوض لاتورنيرى فى تقريره الذى

قدمه الى مجلس الدولة الفرنسى فى قضية «Cie des scieries africaines» والتي صدر فيها حكم المجلس فى ٩ مارس سنة ١٩٢٨^(١) . فهو يرى أن الاجراء العام، غير الموجه الى المتعاقد مباشرة ، لا يمسوخ عنه الا فى حالتين : الأولى أن ينص على ذلك صراحة فى العقد . والثانية أن يكون هذا الاجراء غير متوقع ، وحينئذ لا تطبق نظرية عمل الأمير ، ولكن تطبق نظرية الظروف الطارئة . ولكن هذا الرأى غير صحيح ، ولا يؤيده قضاء مجلس الدولة الفرنسى وان كانت تطبيقات نظرية عمل الأمير هنا أقل منها فى الحالات السابقة كما سنرى فيما بعد .

٢ - وبالرغم من أن التطبيقات الأصلية لنظرية عمل الأمير تقوم على أساس الاجراءات الخاصة لا العامة ، فان صياغة بعض الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الادارى يوحى ظاهرها بأن تطبيق النظرية يقتصر على صدور اجراءات عامة ، وهى الحالة التى تشكك فيها بعض الفقهاء، فى حين أن الحالة الأولى لا خلاف عليها فقها وقضاء!! ومن هذا القبيل حكمها الصادر فى ٢ يونية سنة ١٩٥٣ (س ٧ ، ص ١٣٩٧) والذى جاء فيه «... ونظرية عمل الحاكم (الأمير) ... تستلزم صدور اجراءات عامة من جانب السلطات العامة ...» وحكمها الصادر فى ٣٠ يناير سنة ١٩٥٥ (س ٩ ، ص ٢٦٨) حيث تقول «... يشترط لقيام الحق فى التمويض تأسيساً على نظرية عمل

(١) مجلة القانون العام سنة ١٩٢٨ ص ٣٢٦٠ وقد جاء فى تقرير المفوض :

«Quand cette mesure (generale) n'atteint que le contractant de l'Est, quand elle est spéciale à ce dernier elle met en jeu la théorie (du fait du prince). Quand au contraire la mesure a une portée generale, quand elle deborde de méttétement la situation special du cocontractant, quand elle englobe tout le territoire ou moins toute un catégotrie d'administrés, en principe la théorie ne reçoit pas d'application. Il n'en est autrement que dans deux cas, d'une part quand le contrat prévoit cette hypothèse et ouvre alors au cocontractant le droit à une indemnité ; d'autre part quand la circonstance était imprévisible et que le contrat est bouleversé. On revient alors par ce biais à la théorie de l'imprévision dont la théorie du fait du prince n'est plus que'un cas particulier».

الأمير أن تصدر الحكومة تشريعا عاما جديدا يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص . . . » .

وهذه الاحكام وأمثالها ، اذا أصابت في توكيد تطبيق نظرية عمل الأمير في حالة الاجراءات العامة - وفقا للرأى الراجح كما ذكرنا - فانه يعيبها أنها لا تتناول جميع تطبيقات النظرية . ولهذا فان الأحكام الجديدة أدق صياغة ، لانها تعرف نظرية عمل الأمير تعريفا أقرب الى السلامة . ومن ذلك حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٧ قضائية) والذى يقول : « ان المقصود بعبارة « فعل الأمير » هو كل اجراء تتخذه السلطات العامة ، ويكون من شأنه زيادة الاعباء المالية للمتعاقد مع الادارة . . . وهذه الاجراءات التى تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الادارية التى أبرمت العقد ، وقد تتخذ شكل قرار فردى أو تكون بقواعد تنظيمية عامة » هذا ولقد سبق أن أوردنا حكم المحكمة الادارية العليا الذى أجمل شروط تطبيق النظرية . ومع ذلك فان معظم القضايا التى أثبتت فيها النظرية أمام مجلس الدولة المصرى تتعلق باجراءات عامة كما سنرى ، وانتهى فيها المجلس الى تأكيد النظرية من حيث المبدأ ، ولكنه استبعدا موضوعيا لعدم توافر شروط تطبيقها .

٣ - وهنا أيضا ، قد يؤدى الاجراء العام الصادر من السلطة العامة ، اما الى تعديل مباشر فى شروط العقد ، واما الى التأثير فى ظروف التنفيذ الخارجية . ومن ثم فاننا ندرسه وفقا للترتيب السابق .

١ - § الاجراء العام يؤدى الى تعديل شروط العقد

قد يؤدى التشريع أو اللائحة الى تعديل مباشر فى شروط العقد ، اما بتعطيل بعض شروطه ، أو بتعديل فحواها أو بانهاى العقد قبل الأوان . ويلاحظ كثرة هذه الاجراءات فى الوقت الحاضر ، نظرا لازديار الطابع الاشتراكى للدولة الحديثة كما ذكرنا .

وبصرف النظر عن مشروعية القوانين الصادرة في هذه الخصوص^(١) ، فانه من المتعين تعويض المتعاقدين على أساس نظرية عمل الأمير في هذا المجال .

ولقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في أحكامه القديمة والحديثة . ومن ذلك حكمه الصادر في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠٩ في قضية «Zeilabadine»^(٢) والذي قضى بتعويض المتطوعين «Le_s engagés militaires» الذين ألغيت عقودهم نتيجة لصدور مرسوم يقضى بحل الفرق التي ينتمون إليها .

ومن أحكامه الحديثة نسبيا حكمه الصادر في ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٩ في قضية «chemins de fer de l'Ouest»^(٣) . وتتخلص ظروف هذه القضية في أنه صدر في فرنسا مرسوم بقانون في ١٦ يوليو سنة ١٩٣٥ يقضى بخفض نفقات الدولة في جميع الميادين بنسبة ١٠٪ . وقد أدى تطبيق هذا المرسوم بقانون على شركة «كك حديد الغرب الى تعديل الاتفاق الذي تم بينها وبين الدولة في ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠٩ ، والذي استردت الدولة بمقتضاه مرفق السكك الحديدية الذي كانت تتولاه في مقابل مبالغ سنوية تؤديها الدولة الى الشركة . فلما تظلمت الشركة من خفض تلك الأقساط بنسبة ١٠٪ وفقا للمرسوم بقانون المشار اليه ، قضى المجلس في حكمه السابق ، وفقا لتقرير المفوض «Josse» بتعويض الشركة تمويضا كاملا على أساس نظرية عمل الأمير .

وقد قال المفوض «Josse» في هذا الخصوص ، ان كون الأقساط التي التزمت الدولة بأدائها الى الشركة المدعية قد حددت بمقتضى

(١) راجع دراسة الدكتور ثروت بدوي لهذا الموضوع في رسالته السابقة ص ١٠٥ ، وما بعدها والمراجع التي أشار اليها .

(٢) مجموعة سري سنة ١٩١٠ ، القسم الثالث ، ص ١ مع تعليق هوريو .

(٣) مجلة القانون العام ، سنة ١٩٤٠ ، ص ٥٨ مع تقرير المفوض «Josse» وتعليق الفقيه جيز .

العقد ، لا يحول دون تطبيق المرسوم بقانون الصادر في ١٦ يوليو سنة ١٩٣٥ والذي يقضى بخفض جميع نفقات الدولة بنسبة ١٠٪ ولكن يجب أن يبحث الأمر في نطاق المبادئ التي تحكم تدخل الدولة كسلطة تشريعية في مجال عقودها مع الأفراد . وهنا لا يمكن إنكار حق الأفراد في التعويض ما دام التشريع لم يتضمن حكما بعكس ذلك^(١) . وهذا هو ما سجله مجلس الدولة الفرنسي في حكمه السابق حيث يقول :

«... L'annuité de rachat ne pourrait être réduite à une somme inférieure au montant desdites charges par l'effet du décret de 16 juillet 1935, sans que l'Etat fût tenu de verser à la Compagnie une indemnité compensatrice en vertu obligations contractuelles».

على أنه إذا نص القانون ذاته على كيفية التعويض في هذه الحالات ، أو حتى منع التعويض ، فإن مجلس الدولة الفرنسي يجرى على احترام التشريع ، نظرا الى أنه ينسك على نفسه حق رقابة دستورية القوانين ، كما هو الشأن بالنسبة الى سائر جهات القضاء في فرنسا ، وبالعكس ما هو مقرر في مصر^(٢) .

٢ - § الاجراء العام يعدل في ظروف التنفيذ الخارجية

والفرض في هذه الحالة ألا يمس الاجراء العام ، شرطا من شروط العقد ، بل يقتصر أثره على التأثير في ظروف التنفيذ الخارجية بما يجعل التنفيذ أكثر مشقة على المتعاقد . وهنا يلاحظ الفقهاء أن الأصل في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ألا يعوض عن الأضرار التي يتحملها المتعاقد في هذه الصورة الا في أضيق الحدود ، بحيث يمكن القول أن القاعدة هي رفض التعويض ، والامتثناء هو الحكم به .

(١) «C'est la question de l'intervention de l'Etat législateur dans un contrat posée par l'Etat qui se pose alors et l'indemnité ne peut être déniée que si le, texté ayant valeur législative en exclut lui-même la possibilité ... La convention doit être interprétée comme obligeant l'Etat à compenser toute charge nouvelle qu'il impose, à un titre quelconque, à la Compagnie».

(٢) حكمه الصادر في ٦ يوليو سنة ١٩٥١ في قضية «Min. de la Guerre» المجموعة من ٣٩٦٠ - وفي ١٨ يناير سنة ١٩٥٢ في قضية «Dame Sobiers» المجموعة من ٣٩٠٠ - وفي ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ في قضية «Sté Lecours» المجموعة من ٣٩٠٠ .

وكل ذلك على أساس نظرية عمل الأمير بطبيعة الحال ، لأن رفض التمويض على أساس عمل الأمير ، لا يعنى أنه لا يمكن المطالبة به على أساس آخر كما سنرى فيما بعد .

ومن ثم فافتنا نعرض للحالات التى رفض فيها القضاء التمويض على أساس نظرية عمل الأمير ، ثم للحالات التى أقر فيها التمويض استثناء ، وأخيرا نناقش قضاء المجلس فى هذا الصدد .

اولا - الحالات التى رفض فيها التمويض

١ - وتجرى الصيغة التقليدية لمجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص على النحو التالى : «وحيث أن نصوص القانون (أو اللائحة) ذات طابع عام ، وأن الضرر الذى نال المتعاقد من جرائها إنما تحمله فى ذات الظروف الخاصة بسائر المواطنين ، ومن ثم فانه لا يستحق عنها تمويضا إلا اذا أدت الى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب ... » (١) .

ولقد اختلف الفقهاء فى تحديد مدلول هذه العبارة : هل تستبعد تطبيق نظرية عمل الأمير ؟! هذا ما انتهى اليه الدكتور ثروت بدوى فى رسالته السابقة . فهو يرى أن المجلس يجرى على رفض التمويض فى هذه الحالات إلا اذا أثبت المتعاقد أن ضررا خاصا قد لحق به «un préjudice spécial» وهو ما يوحى به ظاهرة العبارة التى يستعملها مجلس الدولة الفرنسى (٢) .

ولقد تبينى هذا الرأى أيضا الأستاذ دى لوبادير (٣) .

(١) «Les disposition de la loi (ou du règlement) du ... avaient un caractère général et les dépenses supplémentaires qu'elles ont pu occasionner au requérant ont été supportées par lui dans les mêmes conditions que par tous les autres commerçants ou industriels que dans ces conditions elles n'auraient pu ouvrir au requérant un droit à indemnité que si elles avaient eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat».

(٢) رسالته السابقة ص ٢٠٧ وما بعدها .

(٣) مطوله فى العقود ، الجزء الثالث ص ٣٩ .

ويفسر هذا الرأى العبارة الأخيرة الواردة فى الفقرة التى اقتبسناها من قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، على أنها إحالة الى نظرية الظروف الطارئة .

ولكن فريقا آخر من الفقهاء يفسر عبارات مجلس الدولة الفرنسى تفسيرا ينتهى الى اقرار نظرية عمل الأمير حتى فى هذه الصور ، ولكن بشروط أشد . فهم يرون أن عمومية الاجراءات الصادرة من السلطات العامة ، والتى لا تمس شروط العقد مباشرة ، لا يمكن أن تؤدى الى تطبيق نظرية عمل الأمير الا اذا أدت الى قلب اقتصانات العقد رأسا على عقب . فى حين أنه يكفى فى الظروف العادية لتطبيق نظرية عمل الأمير ، أن ينال المتعاقد ضرر آيا كانت درجته . ومن هذا الرأى الفقيه بيكينو فى بحثه السابق^(١) .

والخلاف بين الرأيين لا يقف عند مجرد الاعتبارات النظرية ، ولكن له أثر عملى هام ، لأن الاختلاف فى أساس المسؤولية يؤدى الى خلاف فى مقدار التعويض كما سنرى فيما بعد .

٢ - واذا تركنا هذا الخلاف مؤقتا ، وجدنا أن مجلس الدولة الفرنسى قد رفض التعويض على أساس عمل الأمير فى الحالات الآتية :

أولا : فى مجال الضرائب والرسوم «Les mesures fiscales» والتى تؤدى الى صعوبة التنفيذ . ومثال ذلك فرض ضرائب جديدة ذات طابع عام ، أو زيادتها «impôts généraux» على الانتاج^(٢) الخ .

(١) الملزمة رقم ٥١١ ، فقرة رقم ٣٦٨ ، حيث يقول :

«Le cocontractant de l'administration ne pourra prétendre à l'indemnité que si l'acte général (loi ou règlement) dont il prétend qu'il trouble l'exécution de son contrat en bouleversant complètement l'économie : La spécialité du préjudice découle comme nous l'avons dit, de son énormité».

وبهذا المعنى أيضا تعليق الفقيه البيير ، منشور فى مجموعة سبرى سنة ١٩٣٦ ، القسم الثالث ص ٨١ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٦ يناير سنة ١٩٤٥ فى قضية (Société anonyme Metabloc) المجموعة ص ٣٥ وفى ٥ أبريل سنة ١٩٤٤ فى قضية (Jourda) المجموعة ص ٤٠٢ =

ثانيا : فى مجال الاجراءات الاجتماعية «Les mesures sociales»
كالتشريعات التى تستهدف تحسين أحوال العمل والعمال ، والتى يكون من شأنها زيادة أعباء التنفيذ ، مثل التشريعات الخاصة بزيادة الأجور ، أو بفلاء المعيشة أو التأمين ضد اصابة العمل أو منح أجازات بأجر للعمال ... الخ^(١) .

ثالثا : فى مجال التنظيمات الاقتصادية والمالية : «Les mesures économiques ou monétaires»
ومثال ذلك التشريعات التى تصدر بتنظيم الاستيراد والتصدير^(٢) ، وتلك التى تسمح بزيادة أجور النقل فى السكك الحديدية أو غيرها^(٣) ، وأخيرا التشريعات التى تصدر فى شئون النقد^(٤) .

٣ - وبالرجوع الى الأحكام القليلة الصادرة من محكمة القضاء الإدارى المصرى نلمس أن مجلس الدولة المصرى يلتزم ذات المسلك السابق ، وذلك واضح من الأمثلة الآتية :

أولا : رفضت محكمة القضاء الإدارى فى حكمها الصادر فى ١٦ يونية سنة ١٩٥٣ أن تموض الشركة المدعية عن الأضرار التى

= وفى ٢٢ فبراير سنة ١٩٤٦ فى قضية (Etabla, Bizonard) المجموعة ص ٤٣٢ ،
٩ مايو سنة ١٩٤٧ فى قضية (Etabl. Paul Lapra) المجموعة ص ١٨٣ ، وفى ١٧ يوليو سنة ١٩٤٠ فى قضية (Chonard) المجموعة ص ٤٤٤ .

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٠ يناير سنة ١٩٠٨ فى قضية (Moiré et Beyssac) المجموعة ص ٢٠ مع تعليق المفوض (Tardieu) وفى ١٤ فبراير سنة ١٩٣٦ ، فى قضية (Villo de Paris) مجموعة سبرى سنة ١٩٣٦ . القسم الثالث ص ٨١ مع تعليق اليبير ، وفى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤١ فى ١٩٤١ فى قضية Hospice de Vannes المجموعة ص ٢٤٤ وفى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ فى قضية (Chabrat) المجموعة ص ٩٩٦ وفى أول فبراير سنة ١٩٣٩ فى قضية (Léostic) المجموعة ص ٥٣ .

(٢) حكمه فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٨ فى قضية (Guillet) المجموعة ص ١٣٢١ .

(٣) حكمه فى ١٣ فبراير سنة ١٩٢٤ فى قضية (Grandchamp) المجموعة ص ١٧٧ وفى ٦ أغسطس سنة ١٩٢٤ فى قضية (Mayer) وفى ٦ مارس سنة ١٩٣٠ فى قضية (Roturier) .

(٤) حكمه الصادر فى ١٠ فبراير سنة ١٩٤٣ فى قضية (Auran) المجموعة ص ٣٦ .

لحققتها من جرم فرض رسم بلدى على انتاج الكهرباء ، وبررت رفضها بما يلى : « ومن حيث ان فرض الرسم الذى تضمنه القرار المطعون فيه كان متوقفا وقت التعاقد بمقتضى البند ١٧ من عقد الامتياز فضلا عن أنه لم يجاوز الحد العادل المعقول ولم يتضمن أى تمييز فى التكليف بين المنطوين تحت أحكامه ، وأن هذا الرسم وما تقول به الشركة من زيادة فى «عر التكلفة ونقص فى الاستهلاك لم يؤد الى ارهاقها فى التزاماتها والى الاختلال المالى للعقد ، وكل ما يحتمل أن يكون قد ترتب عليه ، ان صح دفاع الشركة فى هذا الصدد ، أن أرباحها المتزايدة قد تناقصت ... ولكن هذا النقص لم يصل الى المساس بالربح المعقول الذى كان متوقفا عند التعاقد ... » (١)

ثانيا : فى حكمها الصادر فى ٨ مارس سنة ١٩٥٤ تقرر « ... اذا كان التعاقد قد تم بين المدعى ومصلحة المستشفيات الجامعية فى ظل أحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ الخاص بجمع الفش والتدليس الصادرة بتنفيذه قرار وزير التجارة والصناعة رقم ٦٣ لسنة ١٩٤٣ وفى ظل أحكام القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٥٠ ، فاذا استعمل وزير الصحة الرخصة المخولة له بمقتضى القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٥٠ وأصدر قرارا بالمواصفات الخاصة بالألبان ومنتجاتها ، وجب على المدعى توريد اللبن طبقا لهذه المواصفات ، ولو كان القرار الصادر بهذه المواصفات قد صدر بعد تعاقد ، وكانت النسب المحددة به للدسم والمواد الصلبة مرتفعة عما تعاقد عليه ، وذلك لأنه كان يعلم عند تعاقد أن هذه النسب عرضة للتعديل بما لوزير الصحة من حق فى تحديد هذه المواصفات بمقتضى القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٥٠ ،

(١) المجموعة ، السنة السابعة ص ١٥٧٨ ، ويلاحظ أن المحكمة قد رفضت نظرية الظروف الطارئة لعدم توافر شروطها . ولكن فى رفضها لنظرية عمل الأمير قالت : (ص ١٥٧٧) « وأساس تطبيق النظرية الثانية أفعال تأتينا السلطة العامة ولم تكن متوقعة وقت التعاقد ويترتب عليها جعل تنفيذ التزامات التعاقد مرهقا بما يترتب عليه خسارة جسيمة » وهذا القيد غير صحيح على إطلاقه فى نظرية عمل الأمير ، إذ يكفى فى هذه النظرية أى ضرر ولو كان مجرد انقصاص الربح كما سنرى ، مع ملاحظة أن رأى الفقيه بيكينو.والذى أشرنا اليه بالنسبة لحالات معينة ، هو رأى مرجوح فى نظرنا .

ولا يكون له من حق وهذه ملابسات تماقده فى طلب الحكم بانفساخ عقد ٢٨ يونية سنة ١٩٥٢ . ولا يجديه القول بأن فى توريد اللبن طبقا للمواصفات المعدلة ما يؤدى الى ارهاقه بحجة أنه اتفق مع صفار المنتجين على تموينه بالألبان التى تماقد على توريدها وألبان مواشيهم لا تنتج النسب التى حددها القرار سالف الذكر ، لا يجديه ذلك لأن من مقتضى هذا القرار أنه يحظر على أى شخص كان من صفار المنتجين بيع اللبن أو عرضه أو حيازته بقصد البيع ما لم تتوافر فيه المواصفات والنسب التى حددها القرار الوزارى ، والا اعتبر اللبن مغشوشا وعرض صاحبه للمحاكمة ، وهو وضع يؤدى بلا شك الى امتناع صفار المنتجين عن تموينه باللبن الا اذا كان متوافرا فيه النسب المحددة بالقرار الوزارى سالف الذكر . (١) .

والفقرات الأخيرة من هذا الحكم — بصرف النظر عن صدره — قاطعة فى إبراز سبب رفض التعويض ، وهو عدم خصوصية الضرر ، لأن الاعباء التى فرضها القرار الوزارى قد مست جميع المشتغلين بتجارة اللبن .

ثالثا : أفتى قسم الرأى مجتمعا فى ١٧ يولية سنة ١٩٥٤ بأن قرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض قيمة الجنيه المصرى بالنسبة للدولار يعتبر « حادثا استثنائيا عاما فى حكم المادة ١٤٧/٢ من القانون المدنى » ، أى أنه رفض اعتبار هذا الاجراء العام من قبيل عمل الأمير ، وطبق عليه أحكام نظرية الظروف الطارئة (٢) ، وهو المسلك الذى يلتزمه مجلس الدولة الفرنسى فى الوقت الحاضر كما رأينا .

وفى فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى الصادرة فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٦٤ (ص ١٩ ، ص ٥١) رفضت أن تموض « الشركة

(١) السنة الثامنة ، ص ٨٨٠ .

(٢) فتوى قسم الرأى مجتمعا رقم ٣٦٠ الصادرة فى ١٧ يوليو سنة ١٩٥٥ ، مجموعة فتاوى المجلس السنة الثامنة ونصف التاسعة ، ص ٤٦ . وسوف نمود الى هذه الفتوى مرة أخرى فيما بعد .

الفنية للأعمال» عن فروق الأسعار الخاصة بمهمات مطلوب استيرادها بسبب حرب سنة ١٩٥٦ ، وعمولة شركة مصر للتجارة الخارجية ، وعلاوة حساب التصدير ، ورسم أخصائي جمركي ورسم بحري ، لأن جميع هذه المبالغ لا ترجع الى تدخل مباشر من جهة الادارة المتعاقدة (الادارة العامة للمياه بوزارة الاسكان والمرافق) ، وأنه « يشترط لاعمال هذه النظرية صدور اجراء خاص أو عام من جانب جهة الادارة المتعاقدة ، لم يكن متوقعا وقت التعاقد ، يترتب عليه الحاق ضرر خاص بالتعاقد لا يشاركه فيه سائر من مسهم هذا الاجراء » . وبالرغم من دقة تعريف الفتوى للنظرية ، وتحديد شروطها ، فإنه قد يؤخذ عليها تبرير الرفض ، لأن « الادارة العامة للمياه بوزارة الاسكان والمرافق » ليست من الأشخاص العامة المستقلة عن الدولة ، كالأشخاص الاقليمية أو المصلحية ، بل هي إحدى ادارات وزارة الاسكان والمرافق ، ومن المسلمات أن الوزارات ليست لها انشخصية الاعتبارية ، بل تمير كل منها عن شخصية الدولة في نطاق تخصصها . ومن ثم فإن الاجراءات الخاصة أو العامة التي تصدر عن وزارة من الوزارات تعتبر كأنها قد صدرت من الوزارة المتعاقدة ، فالوزارات وما يتفرع عنها من مصالح لا تعتبر « غيرها » في صدد نظرية أعمال الأمير .

أما في فتوى الجمعية الصادرة في ١٠ فبراير سنة ١٩٦٥ (ص ١٩ ، ص ٣٠٩) فقد رفضت الجمعية اعتبار القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ (الخاص بالتأمينات الاجتماعية) من قبيل الاجراءات العامة التي تؤدي الى تطبيق نظرية فصل الأمير ، لأنه وإن حمل الشركات أعباء مالية ، فإن الشركات المتعاقدة لا حق لها في المطالبة بالتعويض عما لحقها من أضرار نتيجة لزيادة أعباء رب العمل عنم يستخدمهم من عمال المقاولات والتراحييل الموسمين لأنه « لم يصنف الأعباء على شركات المقاولات وحدها ، وإنما حمل بها أرباب الأعمال جميعا على اختلاف مستوياتهم ، وتباين أنشطتهم » . ومن ثم

لا يتوافر في هذا القانون وصف عمل الأمير بمعناه السابق ، لأنه لم يلحق بهذه الشركات ضررا خاصا » .

ثانيا : الحالات الاستثنائية التي قبل فيها المجلس التعويض :

١ - هناك حالتان لا تثيران صعوبة ما : وهما حالة النص على التعويض في القانون (أو الاجراء العام) أو العقد ، وحينئذ يطبق المجلس هذه النصوص باعتبارها تعبيرا عن ارادة المشرع أو المتعاقدين .

ولكن مجلس الدولة الفرنسي لم يقف عند هاتين الحالتين ، بل منح التعويض في حالات استثنائية على أساس نظرية عمل الأمير . وهنا نصل الى أدق تطبيقات النظرية ، نظرا لعدم وجود معيار قاطع يجمع عليه الفقه والقضاء ونظرا لروح مجلس الدولة الفرنسي العملية والتي لا تتقيد بالاعتبارات النظرية وتفحص كل حالة وفقا لظروفها كما ذكرنا . والفريب أنه اذا ذكرت نظرية عمل الأمير انصرف الذهن في مصر ، الى هذه الحالات ، وهو المعنى الذي توجى به معظم أحكام مجلس الدولة المصري كما ذكرنا . فعلى أى أساس يعوض مجلس الدولة الفرنسي عن الاجراءات العامة والتي لا تؤثر في شروط العقد مباشرة ؟ .

٢ - ان أهم المعايير أو التوجيهات التي قدمها الفقهاء ، والتي تستشف من تقارير المفوضين وبعض أحكام مجلس الدولة ، تقوم على الاعتبارات الآتية :

أولا : أن يمس الاجراء العام موضوعا جوهريا كان له دوره

الحاسم في دفع الفرد الى التعاقد ^(١) :

«Une donnée dont on peut considérer qu'elle a été essentielle, déterminante dans la conclusion du contrat, une donnée dont la prise en considération a décidé le cocontractat à conclure le contrat».

(١) دافع عن هذه الفكرة الفقيه «Teissier» في مؤلفه عن مسئولية السلطة العامة ، سنة ١٩٠٦ . ووردت في بعض أحكام مجلس الدولة ، ومنها حكمه الصادر في ٩ أبريل سنة ١٨٩٧ في قضية «Gaz de Montluçon» (المجموعة ص ٣٠٥ ، وفي =

ثانيا : فكرة الضرر الخاص (Le préjudice spécial) : بمعنى أن مجلس الدولة الفرنسي لا يمكن أن يعوض عن الضرر المترتب على الاجراءات العامة الا اذا أثبت المتعاقد أن ضررا خاصا قد لحقه ، وأن هذا الضرر الخاص لا يشاركه فيه سائر من يمسمهم القرار العام . ولقد دافع عن هذه الفكرة الدكتور ثروت بدوى فى رسالته السابقة^(١) ، وجعلها الشرط الوحيد والكافى للتعويض فى هذه الحالات حيث يقول :

«La notion du préjudice spécial constitue, à nos yeux, le seul critère que l'on puisse fournir pour expliquer une jurisprudence, en apparence contradictoire. C'est le seul qui puisse corriger le principe général d'irresponsabilité que nous avons dégagé de l'ensemble de la jurisprudence».

ولقد سبق أن نادت محكمة القضاء الادارى المصرية بهذا المعيار فى حكمها الصادر فى ٣٠ يناير سنة ١٩٥٥ حيث تقول : « يشترط لقيام الحق فى التعويض تأسيسا على نظرية عمل الأمير أن تصدر الحكومة تشريعا عاما جديدا يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص . والضرر الخاص يتحقق اذا أصاب التشريع الجديد - على الرغم من عمومية نصوصه - المتعاقد وحده دون مجموع الشعب ، أو اذا ما أصابه بضرر من الجسامة بحيث يتجاوز بكثير ما أصاب مجموع الشعب^(٢) » كما أشارت اليها بعض فتاوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى التى أوردناها فيما سبق .

واذا كانت فكرة الضرر الخاص ، هى فكرة موضوعية ، تثبت فى كل حالة على حدة ، فان العميد هوريو قد ذهب فى بعض تعليقاته الى أن الضرر الذى يصيب المتعاقد من جراء هذه الاجراءات العامة ، هو ضرر خاص باستمرار ، نظرا للرابطة التعاقدية التى تربطه

= ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ فى قضية «Barby» المجموعة ص ١٠٠٤ وقد وردت الفكرة فى هذا الحكم على لسان المفوض روميو ورددها وراه مجلس الدولة الفرنسى . وحكمه الصادر فى ٣١ مايو سنة ١٩١٨ فى قضية «Degraeve» المجموعة ص ٥٢٧ ، وفى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٤ فى قضية «Tautis» المجموعة ص ٩٤٠ .

(١) صفحة ٢٠٩ وما بعدها من الرسالة .

(٢) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة الثامنة ، ص ٢٦٨ .

بالسلطات العامة والتي تميزه عن سائر المضرورين من تلك التشريعات^(١) .

والواقع أن تفسير هوريو - ولو أن القضاء لا يؤيده - هو وحده الذى يجعل للتعويض أساسا متميزا فى هذه الحالة ، ويلحقه بنظرية عمل الأمير ، كفكرة يقتصر تطبيقها على نطاق العقود الادارية . أما استبعاد تفسيره ، والاقتصار على فكرة « الضرر الخاص » بمعناها المطلق ، فيجعل المسؤولية فى هذه الحالة تخضع للقواعد العامة فى المسؤولية عن الأضرار التى تلحق الأفراد من جراء التشريعات ، سواء أكانت تربطهم بالادارة رابطة تماقدية أم لا ، مما وضع مجلس الدولة الفرنسى أساسه فى حكمه المشهور فى قضية *Le Fleurette* ^(٢) .

ولمواجهة هذا النقد جزئيا ، فإن الفقيه دى لوبادير - دون أن يتابع رأى المميد هوريو على إطلاقه - قد ذهب الى أن فكرة خصوصية الضرر فى هذه الحالة ، يجب أن تؤخذ بمعنى واسع ، غير معنى الخصوصية فى حكم لافلوريت السابق ، والذى تقوم المسؤولية فيه على أساس غير تماقدى^(٣) .

٣ - وبالرجوع الى أحكام مجلس الدولة الفرنسى ، نجد أنه قد عوض عن تلك الاجراءات على أساس نظرية عمل الأمير فى الحالات الآتية :

(١) تعليقه على حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية «Zeilabedine» والمنشور فى مجموعة سبرى سنة ١٩١٠ ، القسم الثالث ، ص ١ وقد جاء فيه قوله :

«Il (lepréjudice) serait toujours spécial en ce sens que la victime, par le contrat même, se trouvait placée vis-à-vis de l'administration dans une situation spéciale».

(٢) ارجع فى التفاصيل مؤلفنا « القضاء الادارى » فى أى من طبعاته المتعددة ، خصوصا الطبعة المطولة حيث ناقشنا هذا الموضوع تفصيليا . ومن ثم فانا نكتفى بالاحالة الى دراستنا السابقة منعا للتكرار . ويتمين الرجوع اليها لادراك النقد الذى واجهناه الى الفكرة فى المتن .

(٣) مطوله فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ٤٥ حيث يقول :

أولا - في مجال الرسوم والعوائد : رأينا فيما سبق أن مجلس الدولة الفرنسي يرفض تطبيق نظرية عمل الأمير بالنسبة الى الأضرار التي تترتب على انشاء ضرائب جديدة أو زيادة الضرائب القائمة متى كانت هذه الضرائب ذات طابع عام .

ولكنه يجرى أيضا على تطبيق تلك النظرية والحكم بالتعويض اذا تعلق الأمر بضرائب محلية ، كالرسوم والعوائد التي تجبها البلديات والتي يطلق عليها بالفرنسية اصطلاح (droit d'octroi) فاذا أنشأت إحدى البلديات رسوما جديدة أو رفعت من فئة الرسوم المقررة من قبل ، وترتب على ذلك زيادة أسعار المواد الأولية اللازمة لتنفيذ العقد - كالنفخ مثلا في حالة الالتزام بتوريد الكهرباء أو الغاز ، ومواد البناء في حالة عقود الأشغال العامة ، والسلع المتماقد على توريدها في عقود التوريد .. الخ - فان مجلس الدولة الفرنسي يقضى بالتعويض الكامل على أساس نظرية عمل الأمير .

طبق مجلس الدولة المبدأ السابق في حالة الرسوم التي تجبها البلديات (droits d'octroi)، وذلك بشرط أن تكون البلدية التي جبت العوائد الجديدة هي جهة الادارة المتماقدة^(١) . وأخذ بذات المبدأ فيما يتعلق بالرسوم الجمركية بالنسبة الى عقود (droit de douane) سواء بالنسبة الى انشاء تلك الرسوم لأول مرة أو زيادتها بعد التعاقد . وحكم المجلس الرئيسي في هذا الصدد ، هو حكمه الصادر

(٢) حكم المبدأ في هذا الخصوص . هو حكم المجلس الصادر في قضية «Bardy» في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٥ (وقد سبقت الإشارة اليه) حيث يقول « متايما في ذلك تقرير المفوض روميو » .

«A l'époque où les requérants ont conclu un contrat pour l'éclairage de la ville par le gaz, le charbon, matière première essentielle de leur industrie, n'était frappé que d'un droit d'octroi de 0,15 dès lors en l'absence de toute clause du marché visant l'hypothèse d'une modification des droits établis sur ce produit, les parties contractantes doivent être réputées avoir tenu compte de l'état de choses existant pour convenir des prix fixés ... Les requérants ont du supporter un surcroît de charges

qui provient du fait même de la ville et à raison duquel ils sont fondés à réclamer à titre de compensation une indemnité égale au montant des nouveaux droits exigés.» ومن أحكامه الحديثة نسبيا حكمه الصادر في ٣١ يناير سنة ١٩٢٠ في قضية

«Sté des combustibles» المجموعة من ١٣٣ ، وفي ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٧ في قضية «Caisse de Compensation» المجموعة من ٤٥٧ .

في ٣١ مايو سنة ١٩١٨ في قضية (Degraeve) وقد سبقت الإشارة إليها) • ومما له دلالة في هذا الصدد ، أن الدولة كانت قد رفعت الرسوم الجمركية بعد التعاقد على المواد الأولية اللازمة لتنفيذ الأشغال العامة موضوع العقد • ولما طالب المتعاقد بالتعويض على أساس نظرية عمل الأمير ، ميز المجلس بين المواد التي كان يتعين على المتعاقد أن يستوردها من الخارج ، وبين تلك التي يمكنه الحصول عليها محليا • وعوض عن الأضرار الناجمة عن النوع الاول منها بقوله :

«Les prix en ce qui concerne ces matériaux ont été fixée en considération des droits de douane existants lors de la passation du marché».

والتزم المجلس ذات الحل بالنسبة الى ضرائب الدخولية (droits de péage) التي تجبها السلطات العامة على المواد المنقولة أو على الأشخاص القادمين • وحكم المجلس الرئيسي في هذا الصدد ، هو الصادر في ٢٠ مايو سنة ١٩٠٤ في قضية (Cie marseillaise de navigation) (١) •

ومنظم تطبيقات نظرية عمل الأمير - كما يلاحظ الفقهاء - توجد في هذا المجال بصوره المختلفة •

ثانيا : في مجال تنظيم الأسعار نتيجة للاقتصاد الموجة (Les mesures réglementaires d'économie dirigée) ومماثل ذلك أن ترفع جهة الادارة بقرارات منها الاسعار السائدة وقت التعاقد عند إبرام عقود انتوريد • والمثال التقليدي لهذا القضاء ، حكم المجلس الصادر في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٤ في قضية : (Tanti; Vaudron et Brûlebois) • ويمتاز هذا الحكم بأن مجلس الدولة الفرنسي قد طبق فيه نظرية عمل الأمير بالرغم من أن قرار رفع السعر قد صدر من غير جهة الادارة المتعاقدة ، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي لم يكن قد فرض هذا القيد بعد كشرط لتطبيق النظرية •

(١) المجموعة ص ٤٢٥ مع تقرير المفوض «Teissier» .
(٢) المجموعة ص ٩٤٠ • ونحيل الى فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري في مصر بخصوص ادراج سلعة في التسعيرة الجبرية على عقود التوريد المستمرة •

ثالثا : وإذا كانت التطبيقات التى أشرنا إليها فيما سلف قد كشفت عن موقف ايجابى من السلطات العامة باتخاذ اجراء معين ، فانه يجب ألا يفهم من ذلك أن تطبيقات نظرية عمل الأمير مقصورة على تلك الحالات ، بل ان مجلس الدولة الفرنسى يطبق نظرية عمل الأمير اذا التزمت الادارة موقفا سلبيا ، بامتناعها عن تطبيق القوانين واللوائح التى يتمين تطبيقها اذا ترتب على هذا الامتناع فرض أعباء جديدة على المتعاقد مع الادارة (La non application d'une mesure réglementaire) ويسرى الحكم من باب أولى على حالة ما اذا ألغت الادارة اجراء عاما كان يعول عليه المتعاقد عند ابرام العقد .

ويطلق بعض الفقهاء على هذا الموقف السلبى من جانب الادارة تسمية جديدة هى « عمل الأمير السلبى (Le fait du prince négatif) » (١) . وقد ورد تطبيق فكرة عمل الأمير السلبى فى حكم المجلس الصادر فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ فى قضية (Ville de Dieppe) (٢) .

المطلب الثانى

الاثار المترتبة على تطبيق نظرية عمل الأمير

١ - يترتب على التسليم بنظرية عمل الأمير نتيجة رئيسية هامة ، وهى منح المتعاقد المضار من جراء العمل الصادر من السلطات انعاما ، تمويضا كاملا . ولكن قد يتولد عن عمل الأمير بجانب هذه النتيجة الرئيسية ، نتائج أخرى فرعية منها :

(١) تحرر المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ اذا ترتب على عمل الأمير استحالة التنفيذ ، كصدور تشريع يحرم الاستيراد بالنسبة الى سلعة لا يمكن الحصول عليها الا من الخارج .

(١) بحث الأستاذ بينكز ، الملزمة رقم ٥١١ ، فقرة ٢٨٠ .

(٢) مجلة القانون العام ، سنة ١٩٢٥ ، ص ٦٥ مع تقرير المفوض «Rivet» وتعلق بتقصير الادارة فى تنفيذ ما تقضى به اللوائح المحلية من تزويد المنازل بالأدوات المدنية التى تساعد متهمل جمع القاذورات (والمخالفات البرازية) واثار ذلك على تنفيذ التزاماته ، مما حمله أعباء اضافية .

(ب) حق الملتزم فى المطالبة بعدم توقيع الغرامات المالية عن التأخير فى التنفيذ ، اذا ثبت أن عمل الأمير - ولو أنه لم يؤد الى استحالة التنفيذ - قد جعله عسيرا مما يبرر التأخير فى التنفيذ •

(ج) وأخيرا فان من حق المتعاقد ، اذا ما ترتب على عمل الأمير أن زادت أعباؤه بدرجة كبيرة لا تحتملها امكانياته المالية أو الفنية ، أن يطالب بفسخ العقد •

ويستطيع المتعاقد - بطبيعة الحال - أن يجمع بين بعض النتائج السابقة اذا تعددت الأسباب ، كالحصول على التعويض الكامل والفسخ أو الجمع بين التعويض الكامل وعدم توقيع غرامات التأخير ... الخ •

٢ - وفيما يلى نعرض لدراسة النتيجة الرئيسية المترتبة على فعل الأمير ونعنى بها مبدأ التعويض الكامل ، فنتناول أولا ، أساس التعويض ، ثم كيفية تقديره ومداه •

الفرع الأول

أساس التعويض

يتردد الفقه بين أساسين لتبرير التعويض فى حالة عمل الأمير :

الأساس الأول - وهو فكرة التوازن المالى للعقد (L'équilibre financier du contrat) ولقد سبق لنا أن شرحنا هذا الأساس ، وراينا أنه الأساس الذى يقول به معظم الفقهاء ، كما أن مجلس الدولة المصرى قد سلم به فى معظم أحكامه وفتاويه • وعلى أساس هذه الفكرة ، يتعين على الادارة أن تعيد التواز المالى للعقد كلما اختل التوازن نتيجة فعل الادارة •

الأساس الثاني - والأساس الثاني هو المسؤولية التعاقدية للإدارة (La responsabilité contractuelle de l'administration) وقد نادى بهذا الأساس من لم يسلم بفكرة التوازن المالي للعقد^(١) .

والواقع - كما يلاحظ الأستاذ دى لوبادير^(٢) - أنه لا خلاف بين الفكرتين ، فالمسؤولية عن عمل الأمير هي مسؤولية تعاقدية ، على أساس التوازن المالي للعقد : فالمسؤولية في هذا المجال هي مسؤولية تعاقدية . وهذا يفسر اشتراط مجلس الدولة الفرنسي في الوقت الحاضر أن يكون عمل الأمير من فعل جهة الإدارة المتعاقدة ، ورفضه التعويض على هذا الأساس إذا ما كان عمل الأمير من فعل سلطة عامة أخرى غير جهة الإدارة المتعاقدة . وهذا ما يميز المسؤولية في حالة عمل الأمير عنها في حالة الظروف الطارئة ، والصعوبات المادية غير المتوقعة كما سنرى بعد قليل .

ولكن مسؤولية الإدارة في هذه الحالة ، هي مسؤولية تعاقدية بلا خطأ (responsabilité contractuelle sans faute) ، لأن عمل الأمير يفترض أن الإدارة لم تخطئ حين تصرفت ، والا قامت المسؤولية على أساس آخر . وتصبح المسؤولية في هذه الحالة شبيهة بالمسؤولية على أساس المخاطر : فأساس مسؤولية المخاطر مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة (L'égalité des citoyens devant les charges publiques) ولأساس المسؤولية عن عمل الأمير ، هو التوازن المالي للعقد .

ويجب أن نلاحظ أن فكرة المسؤولية التعاقدية بلا خطأ ، هي فكرة غير منسجمة مع المبادئ المسلم بها في القانون الخاص ، لأن المسؤولية التعاقدية في القانون المدني ، تفترض اخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته المتولدة عن العقد ، في حين أن عمل الأمير

(١) من هذا الرأي الدكتور ثروت بدوي وقد سبق أن ناقشنا رأيه فيما يتعلق بفكرة التوازن المالي للعقد .

(٢) مطوله في العقود ، الجزء الثالث ، ص ٦٤ حيث يقول بخصوص الأساسين المشار إليهما في المتن :

«À notre avis, ces deux explications sont exactes; l'une et l'autre se complètent respectivement».

لا يتضمن من جانب الادارة أى اخلال بالتزاماتها التعاقدية . ولهذا يذهب جانب من الفقه الى ارجاع فكرة التوازن المالى للعقد الى نية الطرفين المتعاقدين ، على أساس أن هذا التوازن المالى للعقد هو أمر مفترض (L'intention présumée des parties) وكثيرا ما أشار مجلس الدولة الفرنسى فى أحكامه - كما رأينا - الى هذه الفكرة . ولكن تعميمها ، وفرضها فى جميع الحالات ، ينطوى على قدر كبير من التعسف . ومن ثم فانه من الأسلم أن نسلم بفكرة التوازن المالى للعقد ، دون حيلة ارجاعها الى نية الطرفين ، باعتبارها من خصائص العقد الادارى . وهذا ما أشارت اليه محكمة القضاء الادارى المصرية أكثر من مرة . ومن ذلك قولها فى حكمها الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧^(١) : « . . . ومن هنا تختلف هذه النظرية (الظروف الطارئة) عن نظرية التوازن المالى للعقد من ناحية أن نظرية التوازن المالى للعقد تقوم على مقابلة الحق المعترف به لجهة الادارة فى تعديل العقد الادارى للمصلحة العامة باصلاح ما يحدث للعقد الذى هى طرف فيه . . . » .

الفرع الثانى

كيفية تحديد التعويض ومداه

١ - يجب على الادارة أن تعوض المتعاقد تعويضا كاملا (indemnisation intégrale) اذا ما ثبت أن العمل الضار من قبيل « عمل الأمير » . والتعويض الكامل يشمل العنصرين الأساسيين لكل تعويض وهما : ما يلحق المتعاقد من خسارة (Le damnum emergens) بسبب عمل الأمير ، كالنفقات الاضافية نتيجة فرق السعر ، أو الرسوم الجديدة . . الخ والعنصر الثانى هو ما فاتته من كسب (Lucrum cessans) ويشمل المبالغ المعقولة التى كان من حق المتعاقد أن يعمل عليها لو لم يختل توازن العقد نتيجة لعمل الأمير .

(١) سبقت الإشارة اليه أكثر من مرة .

وقد تولت محكمة القضاء الإداري إبراز هذا المبدأ في حكمها الصادر في ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (وقد سبقت الإشارة إليه) حيث تقول : « ان القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالي للعقد ... أنه اذا لم يكن مقداره متفقا عليه في العقد ، فان جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره ، بل يقدره قاضي العقد اعتبارا بأنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة ، وأن كل ما هو غير متوقع يعتبر خارجا عن نطاق العقد ، فلا تطبق عليه شروطه . ولتعبير «عدم التوقع» في هذه الخصوصية معنى خاص بها هو أن التكاليف الزائدة التي تلقى على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعة ، ما دام أنها ليست جزءا من الاتفاق ، بمعنى أنه لا يقابلها في شروط العقد أي تقدير . والمحكمة انما تقدر هذا التعويض طبقا للقواعد المقررة في القانون الإداري في هذا الشأن وهو يشمل عنصرين : الأول ما لحق المتعاقد من خسارة . ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد . وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه ، ومثال ذلك ما اذا طلبت الإدارة سرعة انجاز الأعمال ، فان ذلك قد يؤدي الى زيادة التكاليف على المتعاقد بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة في أجور الأيدي العاملة . كما أنه من الجائز ان يترتب على تعديل العقد أثناء تنفيذه خسائر متنوعة ، وفي هذه الحالة يجب تقدير هذه الخسارة ما دامت علاقة السببية قائمة بينها وبين الاجراء الذي طلبت جهة الإدارة من المتعاقد معها اتخاذه . والثاني : ما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب اعتبارا بأن من حقه أن يعوض عن ربحه الحلال عن عمله ورأس ماله . وبذلك يتميز التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة والطارئ غير المتوقع في أن الأول تعويض شامل وغير جزئي كما هو الشأن في التعويض الثاني » .

٢ - ولكن الملاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي يخرج أحيانا على مبدأ التعويض الشامل في بعض الصور ، لأسباب مختلفة . ومما لاحظته الفقهاء في هذا الصدد :

(١) أن مجلس الدولة الفرنسي - وفقا لقضاء مستقر في هذا الصدد - يهمل عنصر الكسب المتخلف في بعض المنصور ، كما هو الشأن في حالة انتهاء الادارة لبعض العقود نتيجة لظروف الحرب أو بسبب وقف القتال . فهنا يكتفى المجلس بتمويض الأضرار الفعلية المترتبة على فسخ العقود دون اعتبار للأرباح التي كان من شأن المتعاقد أن يحققها لو لم يتم الفسخ^(١) .

(ب) ولا يحكم مجلس الدولة الفرنسي بتمويض كامل للمتعاقد إذا كان قد ساهم بخطئه في أحداث بعض الأضرار المترتبة على عمل الأمير ، أو ساعد على زيادة تلك الأضرار . فعينئذ يستنزل المجلس من التمويض المقدار المناهض لحطأ المتعاقد . وهذه الحالة - كما هو واضح - مجرد تطبيق للقواعد العامة^(٢) .

(ج) هل يمكن للإدارة أن تضمن العقد شرطا يتضمن عدم مسؤوليتها قبل المتعاقد ؟ لا يتصور من الناحية العملية أن يقبل متعاقد مثل هذا الشرط فيعرض نفسه لمخاطر لا حد لها . ولكن إذا حدث ذلك عملا فيجب في هذه الحالة أن نميز بين حالتين :

الأولى : حالة الاعفاء المطلق من المسؤولية : ويجمع الفقه الإداري على عدم مشروعية مثل هذا الشرط . (invalidité des clauses d'irresponsabilité)^(٣) وهذا ما أعلنته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (وقد سبقت الإشارة إليه) حيث

(١) راجع على سبيل المثال حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٣ يناير سنة ١٩٥٢ في قضية «Soc. d'Etat C. Chambouvet» المجموعة ص ٥٠ . ويتعلق بانتهاء الإدارة لمقد من عقودها بسبب غزو الألمان لجنوب فرنسا ، وتسريح الجيش الفرنسي .

(٢) حكم المجلس الصادر في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٤ في قضية «Tantit» وقد سبقت الإشارة إليها .

(٣) جيز ، مطول في العقود ، الجزء الثالث ، ص ١١٠٤ حيث يقول : «Serait nulle d'ordre public une clause générale d'irresponsabilité de l'administration pour les fautes qu'elle pourrait commettre» .

وبنفس المعنى بحث الأستاذ بيكيو ، الملزمة رقم ٥١٥ فقرة ٨٤ ، ومطلول دي لوبادير في العقود ، الجزء الثاني ، ص ٧٦ .

تقول « من المقرر في العقود الإدارية أن جهة الإدارة لا تملك أن تضع فيها نصا عاما بعدم مسئوليتها يعفيها من الالتزام بتمويض الضرر الحادث للمتعاقد معها ، لأن ذلك يتعارض مع المبادئ المقررة في القانون الإداري من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التمويض طبقا للنظريات السائدة في نظام العقود الإدارية ومنها حقه في التوازن المالي للمقد » . وتطبيقا لهذه القاعدة ، لا يمكن للإدارة أن تضمن عقودها شرطا عاما يقضى باعفائها من جميع الأضرار المترتبة على أعمال الأمير^(١) .

والثانية - شرط الاعفاء الذي ينصب على اجراء معين : وهذا الشرط مشروع ، فإذا توقع المتعاقدان اجراء معينه من الاجراءات السابقة ، كفرض ضريبة معينة ، أو زيادة سعرها ... الخ ونصا على تحمل المتعاقد لما يترتب عليها من آثار ، فإن مثل هذا النص مشروع ، ويجرى مجلس الدولة الفرنسي على التشدد في تفسير مثل هذه الشروط المشروعة^(٢) .

٣ - أما تقدير التمويض على الأسس السابقة فيتم وفقا للقواعد العامة المقررة في هذا الصدد وذلك ما لم ينص المشرع نفسه على كيفية التمويض أو يفصلها العقد ، وهو الأمر الغالب في الوقت الحاضر .

وأحيانا يكون الأمر في غاية من اليسر ، وذلك بالنسبة الى الأعباء التي تترتب على فرض رسوم جديدة أو زيادة الرسوم القديمة ، إذ يجرى المجلس في هذه الحالات على الحكم للمتعاقد بالفرق بين - هو الضريبة القديم والجديد - .

(١) وراجع أيضا حكمها الصادر في ١٤ أبريل سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٣٦) حيث تؤكد المحكمة عدم شرمية الشرط الذي تضمنته الإدارة عقودها والخاص بحرمان المتعاقد من حق التمسك بالقوة القاهرة أو الظروف الطارئة ، لأن ذلك يتنافى مع طبيعة العقود الادارية .

(٢) حكم المجلس الصادر في ١٦ يناير ١٩٢٤ في قضية «Pigon» المجموعة ص ٥٣ وفي ١٧ مارس سنة ١٩٣٢ في قضية «Maurier» المجموعة ص ٣٤٠ .

المبحث الثانى

نظرية الظروف الطارئة

(Théorie de l'imprévision)

رأينا فيما سبق أن نظرية عمل الأمير ، انما قيل بها لمواجهة المخاطر التى يتعرض لها المتعاقد نتيجة سلطات الادارة الخطيرة . ومن ثم فانها تؤمن المتعاقد ضد الأخطار التى تتسبب فيها الادارة : اما نتيجة لتعديلها مباشرة فى شروط العقد ، أو لأنها قد جعلت ظروف التنفيذ أشد قسوة وفقا للتفصيل السابق . ولكن ما العمل اذا تعرض المتعاقد لأضرار يرجع سببها الى ظروف ليست من صنع الادارة ؟ ! وما مصير تلك الأضرار التى يتحملها المتعاقد نتيجة فعل الادارة - أو السلطات العامة - فى الحالات التى لا تتوافر فيها شروط تطبيق نظرية عمل الأمير ؟ ! هل يترك المتعاقد وشأنه ، ولو أدى الأمر الى أفلاسه ، وعجزه عن تنفيذ التزاماته ؟ !

تلك هى الاحتمالات التى من أجلها خلق مجلس الدولة الفرنسى نظرية الظروف الطارئة ، والتى نعرض لدراستها على النحو التالى :

- أولا : نشأة النظرية والتعريف بها .
- ثانيا : شروط تطبيق النظرية .
- ثالثا : ما يرتب عليها من آثار .

المطلب الأول

نشأة نظرية الظروف الطارئة والتعريف بها

١ - الأصل فى القواعد المدنية التقليدية ، أن العقد شريعة المتعاقدين . ولا يعفى أحد المتعاقدين من التزاماته قبل الطرف الآخر الا القوة القاهرة ، وهى الحادث غير المتوقع ، الذى لا يمكن دفعه ، والذى يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا . هذه القاعدة لم يمكن الأخذ بها على إطلاقها فى مجال العقود الادارة لا سيما عقد الامتياز : فقد

أنشأ مجلس الدولة الفرنسى - بين الحالة العادية التى يستطيع فيها المتعاقد أن يفى بالتزامه ، وبين القوة القاهرة التى يستحيل فيها تنفيذ الالتزام اطلاقا - مركزا وسطا ، يستطيع فيه الملتزم أن يفى بالتزامه ، لأن الوفاء بهذا الالتزام ممكن فى ذاته ، ولكن يناله منه ارهاق مالى شديد ، وذلك على النحو الآتى :

عقب نشوب الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم ارتفاعا فاحشا ، لدرجة أن وجدت شركة الاضاءة لمدينة بوردو أن الأسعار التى تتقاضاها أبعد كثيرا من أن تغطى نفقات الادارة . ولهذا تقدمت الشركة للسلطة مانحة الالتزام طالبة رفع تلك الأسعار . ولكن تلك السلطة رفضت ، وتمسكت بتنفيذ عقد الالتزام ، بناء على أن العقد شريعة المتعاقدين ، وأن تنفيذ التزام الشركة لم يصبح مستحيلا ، لأن الفحم ، ولو أن أسعاره قد ارتفعت ، فانه موجود . وانتهى المطاف بالشركة والسلطات الادارية الى مجلس الدولة ، فاذا به يقرر مبدأ جديدا مستمدا من قاعدة دوام سير المرافق العامة : مقتضاه ، أنه اذا جدت ظروف لم تكن فى الحسبان ، وكان من شأنها أن تزيد الأعباء الملقاة على عاتق الملتزم الى حد الاخلال بتوازن العقد اخلالا جسيما فللملتزم الحق فى أن يطلب من الادارة - ولو مؤقتا - المساهمة الى حد ما فى الخسائر التى تلحق به^(١) .

٢ - وبالرغم من الحطة التى يجرى عليها مجلس الدولة الفرنسى من صياغة أحكامه فى صورة مختزلة للنفاية ، فانه فى قضية غاز بوردو السابقة ، قد التزم خطة مناصرة ، وصاغ حكمه فى صورة مفصلة ، ضمنها معظم الأحكام الرئيسية والتفصيلية التى تقوم عليها أحكام نظرية الظروف الطارئة ، بحيث يمكن اعتبار هذا الحكم الرئيسى دستور النظرية . ولهذا فأننا نقتبس منه هذه الفقرة

(١) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٣٠ مارس سنة ١٩١٦

فى قضية :

Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux. Rec. P. 125 conc. Charent D. 1916. 3. 25. S. 1916. 3. 17. (note Hourion).

المطولة - وفقا للخطة التي جرينا عليها بالنسبة لأحكام مجلس الدولة المصري - حتى يرجع اليها من شاء التوسع (١) .

وإذا كانت المبادئ التي تضمنها حكم غاز بوردو ما تزال تحتفظ بقيمتها ، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد أدخل عليها بعض التعديلات من ناحيتين :

(٢)

«Considérant qu'en principe le contrat de concession règle d'une façon

définitive, jusqu'à son expiration, les obligations respectives du concessionnaire et du concédant; que le concessionnaire est tenu d'exécuter le service prévu dans les conditions précisées au traité, et se trouve rémunéré par la perception, sur les usagers, des taxes qui y sont stipulées, que la variation des prix des matières premières, a raison des circonstances économiques constitue un aléa du marché, qui peut, suivant les cas, être favorable ou défavorable au concessionnaire, et demeure à ses risques et périls chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévisions qu'elle a fait avant de s'engager. Mais considérant que, par suite de l'occupation par l'ennemi de plus grande partie des régions productrices de charbon dans l'Europe continentale, de la difficulté de plus en plus considérable des transports par mer, à raison tant de la réquisition des navires que du caractère et de la guerre maritime, la hausse survenue au cours de la guerre actuelle dans le prix du charbon qui est la matière première de la fabrication du gaz, s'est trouvée atteindre une proportion telle que, non seulement elle a un caractère exceptionnel, dans le sens habituellement donné à ce terme, mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du gaz une augmentation qui, déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession; que par suite du concours des circonstances ci-dessus indiquées, l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée que la compagnie est donc fondée à soutenir qu'elle ne peut être tenue d'assurer aux seules conditions prévues à l'origine, le fonctionnement du service tant que durera la situation anormale ci-dessus rappelée. — Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, si c'est à tort que la compagnie prétend ne pouvoir être tenue de supporter aucune augmentation du prix du charbon au delà de 28 francs la tonne, ce chiffre ayant d'après elle été envisagé comme correspondant au pris maximum du gaz prévu au marché, il serait tout à fait excessif d'admettre qu'il y a lien à

l'application pure et simple du cahier des charges comme si l'on se trouvait en présence d'un aléa ordinaire de l'entreprise; qu'il importe au contraire de rechercher pour mettre fin à des difficultés temporaires, une solution qui tienne compte, tout à la fois de l'intérêt général lequel exige la continuation du service par la compagnie à l'aide de tous les moyens de production et des conditions spéciales qui ne permettent pas au contrat de recevoir son application normale, qu'à cet effet il convient de décider d'une part que la compagnie est tenue d'assurer le service concédé et d'autre part qu'elle doit supporter, seulement au cours de cette période transitoire la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure ci-dessus rappelée, que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à sa charge, qu'il y a lieu en conséquence en annulant l'arrêté attaqué de renvoyer les parties devant le conseil de préfecture, auquel il appartiendra si elle ne parviennent pas à se mettre d'accord sur les conditions spéciales la compagnie pourra continuer le service, de terminer en tenant compte de tous les faits de la cause, le montant de l'indemnité à laquelle la compagnie a droit à raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles elle aura dû assurer le service pendant la période envisagée ... La compagnie générale d'éclairage de Bordeaux et de la ville Bordeaux sont renvoyées devant le conseil de préfecture pour être procédé si elles ne s'entendent pas amiablement sur les conditions spéciales auxquelles la compagnie continuera son service, à la fixation de l'indemnité laquelle la compagnie a droit à raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles elle aura dû assurer le service concédé.

الأولى : من حيث نهاية الظروف الطارئة ، وكان ذلك في قضية ترام شربورج التي سنعرض لها فيما بعد .

والثانية : وهي الأمم ، وتتعلق بمصدر الفعل الذي يتحقق به الظرف الطارئ . فقد كان المسلم به حتى عهد قريب ، أن هذا الفعل يجب أن يكون يميذا عن الإدارة . أما الآن فإن مجلس الدولة الفرنسى - كما سنرى - قد وسع من نطاق الظروف الطارئة بحيث شملت الأفعال التي تصدر من السلطات الادارية ، و مرجع ذلك كما ذكرنا الى سياسة الاقتصاد الموجه التي تمارسها معظم الدول فى الوقت الحاضر .

٣ - وقد راعى مجلس الدولة الفرنسى ، وهو يقرر تلك النظرية ، أنه لو طبق القواعد المدنية على اطلاقها ، لترتب على ذلك حتما توقف الملتزم فى نهاية الأمر ، لمجزه عن ادارة المرفق بسبب زيادة التكاليف عن الدخل زيادة باهظة . ولو تم ذلك لكان المنتفعون هم أول من يضار لتوقف المرفق عن أداء الخدمات التي عولوا عليها فى ترتيب أمور حياتهم . ومن ثم فإن نظرية الظروف الطارئة ذات علاقة مباشرة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة .

٤ - أما فى مصر ، فقد سبق أن ذكرنا أن القضاء الوطنى والمختلط قد رفض الأخذ بنظرية الظروف الطارئة كما صاغها مجلس الدولة الفرنسى حتى وقت قريب . وقد بذلت محكمة الاستئناف الوطنية بتاريخ ١٩ أبريل سنة ١٩٣١ محاولة للأخذ بنظرية الظروف الطارئة . ولكن محكمة النقض رفضت أن تسايرها ، ونقضت حكمها السالف ، بحكم صادر فى ١٤ يناير سنة ١٩٣٢^(١) . أما الفقه فقد كان الى جانب الأخذ بهذه النظرية .

وظل الحال على ذلك حتى صدور القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الذى قرر فى مادته السادسة أنه « اذا طرأت ظروف لم يكن من

(١) مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة النقض ج ١ ص ٥٢ .

المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها ، وأفضت الى الاخلال بالتوازن المالى للالتزام ، أو الى تعديل كيانه الاقتصادى كما كان مقدرا وقت منح الالتزام ، جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار واذا اقتضى الحال ، أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله ، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر فى استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة الى القدر المقبول » - وبهذا النص - لم المشرع بتطبيق نظرية الظروف الطارئة بالنسبة الى عقد الالتزام .

وأخيرا جاء القانون المدنى المصرى الجديد ، لينقل النظرية الى مجال عقود القانون الخاص - فالمادة ١٤٧ منه تقرر :

١ - العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه أو تعديله ، الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون .

٢ - ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة ، لم يكن فى الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وأن لم يصبح مستحيلا ، جاء مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسائر فادحة ، جاز للقاضى تبعا للظروف ، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق يخال ذلك »

بهذا النص أصبحت نظرية الظروف الطارئة مقررة فى مصر بنص تشريعى ، لا بالنسبة الى العقود الادارية فحسب ، ولكن بالنسبة الى العقود المدنية أيضا - وهكذا - بقيت مصر فى هذا المجال ، التشريع الفرنسى المدنى ، والذى ما زال يطبق القواعد المدنية التقليدية - غير ان الأساس الذى بنيت عليه نظرية الظروف الطارئة فى العقود الادارية - وهو قاعدة استمرار سير المرافق العامة فى أداء خدماتها للجمهور - غير متصور فى العقود المدنية البحتة ، والتى لا يقصد من ورائها الا تحقيق مصالح خاصة - ولهذا الخلاف صداه فيما يتعلق بأحكام النظرية فى كل من المجالين كما سنرى فيما بعد .

٥ - على أن مجلس الدولة المصرى قد سلم بالنظرية منذ أن أختص بالنظر فى العقود الادارية ، على أساس أنها من الأحكام الرئيسية التى تقوم عليها فكرة العقد الادارى . ومن ثم فقد اعتبرت محكمة القضاء الادارى المصرية أن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ - فى شأن نظام المرافق العامة التى تدار عن طريق الامتياز - كاشف ومنظم لما ورد به من أحكام ، وأنه مجرد تقنين لاحكام العقود الادارية فى خصوص عقد الامتياز .

وبعكس نظرية عمل الأمير - التى سلم بها مجلس الدولة المصرى قضاء ورأيا من الناحية النظرية ، دون أن يطبق أحكامها الا فيما ندر ، فان نظرية الظروف الطارئة قد طبقت بكثرة على صعيد القضاء والرأى . ونكتفى بالأمثلة التالية :

أولا : من أحكام محكمة القضاء الادارى : حكمها المطول الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ ، وفيه تولت تفصيل أحكام النظرية ، ومقارنتها بالنظريات المشابهة ، حيث تقول « ان القضاء الادارى قد خرج من نطاق تطبيق قاعدة القانون الخاص ، أن العقد شريعت المتعاقدين ، وأنه شريعة اتفاقية ، وأن العقد يلزم عاقيه بما يرد الاتفاق عليه متى وقع صحيحا ؛ خرج القضاء الادارى من نطاق تطبيق هذه القاعدة الى مبدأ الطوارئ غير المتوقعة أو الظروف الطارئة استجابة لحاجة ملحة تقتضيها العدالة ، وبما أدخله من مرونة على مبدأ قوة العقد الملزمة فى نطاق القانون الادارى ، وهو مبدأ لا يطبق فى العقود الادارية بنفس الجمود والاطلاق اللذين يطبق بهما فى العقود المدنية ، بل يطبق تطبيقا مرنا فى شأن كل من جهتى الادارة والمتعاقد معها تأسيسا على أنه اذا كانت هذه المرونة تطبق لصالح جهة الادارة فى بعض الظروف لتحقيق المصلحة العامة ، فانه من الطبيعى أن تطبق تطبيقا مقابلا لصالح المتعاقد معها فى ظروف أخرى وقد كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة أو الظروف الطارئة من ابتكار القضاء الادارى وأخذ يطبقها باطراد على جميع

المعقود الادارية . وقد أقام الفقه والقضاء الادارى هذه النظرية الى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة منها . واذا كان الطارئ غير المتوقع تنتظمه - كالقوة القاهرة - فكرة المفاجأة والحتم ، الا أنه يختلف عنها فى أثره فى تنفيذ الالتزام ، فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلا ، بل يجعله مرهقا يجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الاستحالة . ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجزء ، فالقوة القاهرة تفضى الى انقضاء الالتزام ، وعلى هذا النحو يتحمل الدائن تبعثها كاملة . أما الطارئ غير المتوقع فيترتب عليه مشاركة الدائن للمدين فى تبعثه . كما أن نظرية الطوارئ غير المتوقعة ليست على وجه الاجمال الا بسطة فى نطاق نظرية الاستغلال أو الغبن الذى يقع لاحقا لانعقاد العقد . وهى أيضا تقيم ضربا من ضروب التوازن بين تنفيذ الالتزام التعاقدى تنفيذا عينيا وتنفيذه عن طريق التمييز ، كما أن تطبيقها يخرج بالقاضى من حدود المألوف فى رسالته فهو لا يقتصر على تفسير التعاقد بل يجاوز ذلك الى تعديله^(١) . هذا الى أن النظرية اذ تستند الى قواعد العدالة فان أساسها هو تضحية من الطرفين المتعاقدين وليس اخلاء أيهما من التزامه بل يتحمل كل منهما شيئا من الخسارة لا أن يتحملها أحدهم .

ومفاد نظرية الطوارئ غير المتوقعة أو الظروف الطارئة حسبا وضع أصولها وقواعدها الفقه والقضاء الادارى ، أنه اذا حدث أثناء تنفيذ العقد الادارى أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته ، واذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا بل أثقل عبئا وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول ، واذا كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التى يحتملها أى متعاقد الى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية ، فان من حق المتعاقد

(١) يصدق هذا القول على النظرية فى نطاق القانون المدنى دون القانون الادارى ، كما سنرى وهو مفعو فى صياغة الحكم .

المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه تعويضا جزئيا وبذلك يضيف الى التزامات المتعاقد معه التزاما جديدا لم يكن محل اتفاق بينهما . . ومن هنا تختلف هذه النظرية عن نظرية التوازن المالى للعقد من ناحية أن نظرية التوازن المالى للعقد تقوم على مقابلة الحق المعترف به لجهة الادارة فى تعديل العقد الادارى للمصلحة العامة باصلاح ما يحدث للعقد الذى هو طرف فيه . أما فى نظرية الظروف الطارئة فانه بالرغم من أن الضرر الذى يقع يرجع الى سبب غريب عن جهة الادارة^(١) - وغالبا ما يكون حادثا أو ظرفا اقتصاديا - فان العقد يظل قائما وموجودا كما هو . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فان التعويض تأميسا على نظرية التوازن المالى للعقد يكون تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التى تصيب المتعاقد . أما فى حالة الظروف الطارئة فانه يكون مقصورا على معاونة ومساهمة فى مقدار الضرر .

ونظرية الظروف الطارئة تؤدي الى أن يفرض على الدائن التزام ينشأ من العقد الادارى ويولده هذا العقد ويخلفه - وغالبا ما يكون الدائن هو جهة الادارة - وهذا الالتزام هو أن يدفع الدائن للمدين تعويضا لكفالة تنفيذ العقد تنفيذا صحيحا متى كان من شأن الظروف أو الأحداث غير المتوقعة أن تثقل كامل هذا المدين بخسارة يمكن اعتبارها قلبا لاقتصاديات العقد فانه يجب لاستحقاق المتعاقد مع جهة الادارة هذا التعويض عن الأعباء الخارجة عن العقد توافر شروط ثلاثة هي : (أولا) أن يكون الحادث أو الظروف أجنبيا عن المتعاقدين أى مستقلا عن ارادتهما ولا دخل لهذه الارادة فى وقوعه . (ثانيا) أن يكون الظرف أو الحادث مما لا يمكن توقعه عبادة ولم يكن فى حسابان المتعاقدين ونيتهما المشتركة عند ابرام العقد . ويقتضى هذا الشرط البحث فى عناصر ثلاثة : أولها ، طبيعة الحادث أو الظرف

(١) وهنا أيضا أعمل الحكم التطور الجديد فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى كما سنرى .

نفسه ، كان يكون مثلا من الأمور الاقتصادية كارتفاع الأجور وأثمان المواد الأولية - ثم أهمية الحادث أو الظرف الاستثنائي لأن التعويض لا يستحق الا اذا جاوز ارتفاع الأثمان أو الأجور الحد الذى يطبقه المتعاقد أو ما لا يستطيع مواجهته ويترتب عليه أعباء اضافية لا يستطيع احتمالها . والثالث عنصر الزمن أى تحديد الوقت الذى أبرم فيه العقد للتحقق مما اذا كان المتعاقدان يتوقعان فى هذا التاريخ أن مستقلب اقتصاديات العقد أم لا . (ثالثا) أن التعويض لا يستحق الا اذا انقلبت اقتصاديات العقد ، بمعنى أن يترتب على تنفيذ العقد خسارة تجاوز فى فداحتها الخسارة العادية المألوفة التى يتحملها أى متعاقد أثناء التنفيذ - ولما كان التعويض الذى يدفع لا يشمل الخسارة كلها ولا يغطى الا جزءا من الاضرار التى تصيب المتعاقد ، فليس لهذا أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه نقصت أو لفوت كسب ، كما أنه يجب أن تكون الخسارة واضحة ومتميزة فلا تتقاص مع شئ فى العقد ، بمعنى أن يكون تقدير قلب اقتصاديات العقد قائما على أنه يدخل فى الحساب جميع عناصر العقد التى تؤثر فى اقتصادياته ، فيعتبر العقد فى ذلك وحدة ويفحص فى مجموعه لا أن ينظر الى أحد عناصره فقط بل يكون ذلك بمراجعة جميع العناصر التى يتألف منها اذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزيا ويموض عن العناصر التى تستتبع الخسارة . ومن ثم فإن انقلاب اقتصاديات العقد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقق من وجودها الا من المستخلصات النهائية وعند عمل الحساب النهائى وهو لا يكون الا بعد انجاز الأعمال ، وبذلك يمكن تحديد التعويض وطلبه على أساس نظرية الظروف الطارئة ^(١) .

ثانيا : من أحكام المحكمة الادارية العليا :

(١) حكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٨٧٤) حيث تقول : « ومن حيث ان تطبيق نظرية الحوادث الطارئة فى

(١) وراجع من أحكامها الأخرى حكمها الصادر فى ١٤ يوليو سنة ١٩٦٠ السنة ١٤ ص ٩٤ ، وحكمها الصادر فى ١٤ أبريل سنة ١٩٦٠ ، السنة ١٤ ص ٣٦ .

الفقه والقضاء الإداري رهين بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث طارئة كانت أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر ، لم تكن في حسابان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعا ، ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة يختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما . ومؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسارة التي أحاقّت به طوال فترة قيام الطرف الطارئ ، وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الإداري ، واستدامة لسير المرفق العام الذي يخدمه ، ويقتصر دور القاضي الإداري على الحكم بالتعويض دون أن يكون له تعديل الالتزامات التعاقدية » وفي هذه الفقرة المركزة ، لخصت المحكمة الإدارية العليا أحكام نظرية الظروف الطارئة أجمل تركيز .

وبإعمال هذه المبادئ على وقائع القضية قالت المحكمة : « واذ قامت محافظة القاهرة بتسيير لنشات للنزهة في النيل من القاهرة الى حلوان والحوامدية ومركز الصف في نطاق الخط الملاحي المذكور ، فان ذلك يعد حادثا طارئا لم يكن في حسابان المدعى عند التعاقد ، ولا يملك له دفعا ، ومن شأن هذا الحادث أن يقلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب . » وقضت المحكمة بتعويضه جزئيا بما يمكنه من الاستمرار في التنفيذ .

(ب) حكمها الصادر في ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ (س ١٧ ، ص ٥٧٦) في ظروف تتخلص فيما يلي : استأجر متعاقد سوق طنطا العمومي في مقابل مبلغ يدفع على أقساط سنوية . وحدث أن توقف عن الدفع ابتداء من شهر يونية ١٩٦١ الى آخر أغسطس من ذات العام بحجة أن وباء دودة القطن الذي امتشرى في ذلك العام ، منع الفلاحين من ارتياد السوق ، فالحق به ضررا جسيما ، وطلب خصم الأقساط المستحقة من التأمين المودع لدى جهة الإدارة . فرفضت كل من محكمة القضاء الإداري ، والمحكمة الإدارية العليا اجابته الى

طلبه . واثبتت في القضية دفوع كثيرة يعنينا منها دفع يتعلق بالظرف الطارىء . وفي هذا الحكم الحديث أيضا حرصت المحكمة الادارية العليا على أن تلقى بعض الأضواء الجديدة على النظرية فقالت : « ومن حيث ان نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الادارى ، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة ، فرائد جهة الادارة هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام ، وحسن اداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة انجازها . كما أن هدف التعاقد مع الادارة ، هو المعاونة فى سبيل المصلحة العامة ، وذلك بأن يؤدي التزامه بأمانة وكفاية لقاء ربح مجز ، وأجر عادل ، وهذا يقتضى من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يمترض تنفيذ العقد من صعوبات ، وما يصادفه من عقبات . فمفاد نظرية الظروف الطارئة أنه اذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الادارى ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند ابرام العقد ، فقلبت اقتصادياته ، واذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا ، بل أثقل عبئا ، وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول ، وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يحتملها أى متعاقد ، الى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية ، فان من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته فى هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه عنها جزئيا ولما كان التعويض الذى يدفع طبقا لهذه النظرية لا يشمل الخسارة كلها ، ولا يغطى الا جزوا من الأضرار التي تصيب المتعاقد ، فليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه ، كما أنه يجب أن تكون الخسارة متميزة » .

وفي موضوع النزاع قررت المحكمة أن كارثة دودة القطن يمكن أن تعتبر من الظروف الطارئة ، ولكن هذا وحده لا يكفي بل لابد من

توافر شروط النظرية الأخرى ، وسوف نعود الى هذه النقطة فيما بعد^(١) .

(ج) ومن أحدث أحكامها في هذا المجال حكمها الصادر في ١٦ مايو سنة ١٩٨٧ (الطعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٢٩ قضائية) وفيه تقرر « يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو ظروف من عمل جهة إدارية غير المتعاقدة أو ظروف من عمل انسان آخر ، لم يكن في حسابان المتعاقد عند إبرام العقد توقعها ولا يملك لها دفعا . ويشترط في هذه الظروف أن يكون من شأنها انزال خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما - متى توافرت هذه الشروط أصبحت جهة الادارة المتعاقدة ملزمة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من خسائره ضامانا لتنفيذ العقد على النحو الذي يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد - وفي تقدير مدى الاختلال الحادث في العقد بسبب الظروف الطارئة يتعين الأخذ في الاعتبار بجميع عناصره المؤثرة في اقتصادياته وفيها كامل قيمة العقد ومدته ، فيفحص في مجموعه كوحدة واحدة دون الوقوف عند أحد عناصره أو العناصر الخاسرة - ومؤدى ذلك أن التعويض الذي تلتزم به جهة الادارة لا يستهدف تغطية الربح الضائع أيا كان مقداره أو الخسائر العادية المألوفة في التعامل ، وانما أمسه تحمل جهة الادارة المتعاقدة لجزء من خسارة حقيقية وفادحة تندرج في معنى الخسارة الجسيمة ، بغرض اعادة التوازن المالي للعقد بين طرفيه » .

ومن أحكامها الحديثة الأخرى في هذا المجال ، حكمها الصادر

(١) وراجع من فتاوى المجلس في ذات الموضوع فتوى الجمعية العمومية في ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٦٤ (س ١٩ ، ص ٥١) حيث اعتبرت أن حرب سنة ١٩٥٦ تعتبر طرفا طارئا - ولكن الفتوى رفضت التعويض على أساس أن الضرر الذي حاق بالشركة لا تتوافر فيه الشروط التي تبرر منح التعويض الجزئي -

فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٨٥ (الطعن رقم ٢٥٤١ لسنة ٢٩) وفيه
تجمل شروط تطبيق النظرية (التى أطلقت عليها تسمية نظرية
الطارىء أو الحوادث) فيما يلى :

أولا : أن تظهر خلال تنفيذ العقد الادارى حوادث أو ظروف
استثنائية طبيعية أو اقتصادية أو ادارية .

ثانيا : ألا يكون فى وسع المتعاقد توقع هذه الظروف عند إبرام
العقد ، ولا يملك عند التنفيذ دفعها .

ثالثا : أن تصيب هذه الظروف المتعاقد بخسائر فادحة تتجاوز
الخسائر العادية التى يمكن احتمالها على نحو تختل معه اقتصاديات
العقد اختلالا جسيما .

وأكدت المحكمة أنه اذا تحققت هذه الشروط ، فعلى المتعاقد أن
يستمر فى تنفيذ العقد ، وله أن يدعو الادارة لمشاركته فى تحمل
جزء من الخسارة . وله اذا رفضت أن يلجأ الى القضاء ، ويقتصر
دور القاضى فى هذه الحالة على الزام الادارة بالتمويض المناسب .

المطلب الثانى

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

لقد أشارت كل من محكمة القضاء الادارى والمحكمة الادارية
العليا فى الأحكام التى سبق إيرادها الى الشروط العامة التى يجب
توافرها لكى تطبق نظرية الظروف الطارئة . وبالرجوع الى قضاء
مجلس الدولة الفرنسى ، نجد أن الظرف الطارىء يجب أن تتوافر
فيه شروط تتعلق بالنواحى الآتية :

- ١ - طبيعة الظرف الطارىء .
- ٢ - كونه غير متوقع ولا يمكن دفعه .
- ٣ - كونه خارجا عن ارادة المتعاقد .

٤ - وقت وقوعه .

٥ - أثره على المقد .

وفيما يلي ندرس تلك الشروط على التوالي :

١ - § طبيعة الظرف الطارىء

١ - ذهب الرأى التقليدى فى أول الأمر الى أن الظرف الطارىء الذى حملت هذه النظرية اسمه يجب أن يكون اقتصاديا ، تأسيسا على أن هذه النظرية انما قصد بها حماية المتعاقدين ضد المخاطر الاقتصادية «aléa économiques» وتمييزا لنظرية الظروف الطارئة عن النظريتين الأخريين ، ونعنى بهما نظرية عمل الأمير ، والتي تحمى المتعاقدين فى مواجهة المخاطر الادارية «Aléa administratif» ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والتي يلجأ اليها المتعاقدين لمواجهة المخاطر الطبيعية «Aléa naturel» كما سنرى فيما بعد .

وهذا التقسيم الثلاثى صحيح فى خطوطه العامة ، ولكنه تقسيم نسبي ، نظرا لتدخل الدولة فى ظروف الانتاج مما أدى الى تداخل تلك الصور الثلاث .

٢ - وإذا كان صحيحا أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يقتضى اختلافا جديدا فى اقتصاديات العقد كما سنرى ، فإن هذا الاختلال قد يرجع الى أسباب متعددة ، اقتصادية أو طبيعية أو من فعل الادارة . الخ . وهنا تتداخل النظريات الشقيقات الثلاث : ونعنى بها نظريات عمل الأمير ، والظروف الطارئة ، والصعوبات المادية غير المتوقعة كما سنرى عند المقارنة بينها فيما بعد .

٣ - وكل ما يمكن توكيده أن نطاق الظرف الطارىء متسع جدا فى الوقت الحاضر . فقد يكون أرقا طبيعيا كالزلازل والفيضانات ، وقد يكون اقتصاديا كارتفاع الأجور أو الاسعار ارتفاعا فاحشا . وقد يكون من عمل جهة ادارية غير جهة الادارة المتعاقدة . وهو

(٢٢٢ - العقود الادارية)

التوسع الأخير الذى أضفاه مجلس الدولة الفرنسى على النظرية كما ذكرنا وكما سنرى فيما بعد . وبالرجوع الى أحكام مجلس الدولة الفرنسى والمصرى نجد أنه أقر نظرية الظروف الطارئة فى الحالات الآتية :

أولا : بالنسبة الى الاجراءات العامة «Les mesures à portée générales» كالقوانين واللوائح التى تؤدى الى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب . ومثال ذلك صندوق قوانين اجتماعية يترتب عليها ارتفاع الأجور أو الاسعار ارتفاعا فاحشا^(١) . أو فرض ضرائب جديدة أو زيادة فئات الضرائب الموجودة بدرجة تخلل اخلالا كبيرا باقتصاديات العقد^(٢) . ومنها أيضا أن تصدر تشريعات تتعلق بالنقد كتخفيض العملة أو فرض قيود على تداولها . الخ^(٣) ، أو تتصل بتنفيذ سياسة الاقتصاد الموجه ، كصدور قرارات عامة تقضى بتثبيت الأسعار «blochage des prix»^(٤) .

ولقد أقر مجلس الدولة المصرى المبادئ السابقة . ومن أحكامه وفتاويه فى هذا الخصوص :

(١) فتوى قسم الرأى مجتما والصادرة فى ١٧ يوليو سنة ١٩٥٤ (وقد سبقت الإشارة اليها) حيث يقول المجلس : « يعتبر قرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض قيمة الجنية المصرى بالنسبة الى الدولار حادثا استثنائيا عاما فى حكم المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى ، اذ لم يكن فى وسع المتماقدين توقعه حين ابرام العقد . ومع التسليم

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٩٤٨ فى قضية (Hospice de Vienne) منشور فى مجموعة (actual. jur.) سنة ١٩٤٨ ص ٢٣١ وفى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٣ فى قضية (Charnit et Collet) مجموعة (actual. jur. fevrier 1954, II, 66)

(٢) حكمه فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٤٦ فى قضية «Etabl. Bissonard» المجموعة ص ٤٣٢ وفى ١٧ يوليو سنة ١٩٥٠ فى قضية «Chouard» المجموعة ص ٤٤٤ .

(٣) حكمه فى ١٠ فبراير سنة ١٩٤٣ فى قضية «Aurano» المجموعة ، ص ٣٦ وفى ١٦ يوليو سنة ١٩٤٣ فى قضية «Abd el-Messih» المجموعة ص ١٩٣ .
(٤) حكمه فى ٤ مايو سنة ١٩٤٩ فى قضية «Ville de Toulon» .

الجدلى بأنه كان مفروضاً على المتعهد أن يتوقع التجاؤم الحكومة الى خفض قيمة العملة المصرية ، فان مدى هذا التخفيض لم يكن من المستطاع التكهّن به . ومن ثم فانه يحتمل أن تكون نتائج هذا الاجراء ومدى تأثيره فى التوازن المالى للمعد قد جاوزت ما كان مفروضاً أن يتوقعه المتعهد حين العقد . وفى الحالين ان كانت خسارة المتعهد من هذا الاجراء قد جعلت تنفيذ التزامه أمراً مرهقاً مهدداً له بخسارة فادحة ، كان على الطرف الآخر أن يشاركه فى تلك الخسارة بالقدر الذى يحد منها ويردها الى القدر المعقول ، بمعنى أن الخسارة المتوقعة يتحملها المتعهد . أما الخسارة غير المتوقعة فيشاركه فيها الطرف الآخر بالقدر الذى يخفف من فداحتها . أما تقدير كون خسائر المتعهد قد فاقت ما كان مفروضاً أن يتوقعه أم لا فامر متروك بحثه على ضوء ما تبين من عناصر التقدير .

وفى فتوى الجمعية العمومية الصادرة فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٦٤ (سبقت) قررت أن ارتفاع الأسعار نتيجة لارتفاع الرسوم ، يعتبر ظرفاً طارئاً .

(ب) كما أن محكمة القضاء الادارى أقرت المبدأ - وان رفضت تطبيق النظرية - فى حكمها الصادر فى ٥ مايو سنة ١٩٥٣ (س ٧ ، ص ١٠٤٧) فقد قررت المحكمة أن صدور أمر عسكري يفرض اعانة غلام معيشة للمال أثناء الحرب بنسبة معقولة « لا تخرج عن حد المعقول وتدخل ضمن حسن تقدير الما قول الحريص الذى يزن الأمور ويقدر نتائجها ، ومن ثم فانه لا تعتبر من قبيل الظروف الطارئة » فرفض تطبيق النظرية فى هذه الحالة يرجع الى شرط آخر غير الذى نعرض له فى هذا المقام .

ثانياً : بالنسبة الى الاجراءات الخاصة «mesures particulières» والأعمال المادية «Les actes matériels» والظواهر الطبيعية «Les phénomènes naturels» : وتطبيقات النظرية هنا كثيرة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، كصدور أوامر بنقل أعمدة الكهرباء لاعتبارات السلامة العامة اذا ترتب على ذلك اخلال باقتصاديات العهد والم

تطبيق نظرية عمل الأمير^(١) . ومنها أيضا حالة ترحيل الادارة لبعض المساجين من بعض السجون أو نقل بعض الجنود من منطقة الى أخرى اذا أدى ذلك الى قلب اقتصاديات العقد^(٢) .

كما أن تدخل الادارة فى السوق مشترية ، لتنفيذ مشروعات عامة فى أماكن مجاورة للأعمال محل التعاقد ، اذا لم يؤد الى تطبيق نظرية عمل الأمير كما رأينا فإنه قد يسمح بتطبيق نظرية الظروف الطارئة^(٣) . والفيضانات تؤدي الى تطبيق النظرية^(٤) .

وقد سلمت محكمة القضاء الادارى المصرية بأنه « لا شبهة فى أن قيام الحسب يعتبر من الحوادث الاستثنائية العامة الخارجية التى لم يكن فى الوسع توقعها ، والتى يترتب عليها أنه اذا أصبح تنفيذ الالتزام أشد ارهاقا وأكبر كلفة كان للمتعاقد مع الادارة مطالبتها بالمساهمة معه فى تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الأعباء الناشئة عن تلك الظروف ، وذلك بتعويضه جزئيا عن الخسارة الواضحة المحققة التى لحقت ، يستوى فى ذلك أن تكون المطالبة بهذا التعويض أثناء سريان العقد أو بعد انتهاء مدته ما دام المتعاقد مع الادارة لم يتوقف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية . والأساس فى ذلك لنظرية الظروف الطارئة . » (حكمها المطول فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧) .

ومن ذلك أيضا حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٩ يونية سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ١٠٢٤) حيث تقرر « أن ارتفاع أسعار

(١) حكم المجلس فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤ فى قضية «Ste. L'Energie électrique»
مجلة القانون المام سنة ١٩٤٦ ص ٣١٥ مع تقرير الفوض «Dotton» وفى ٢ مارس سنة ١٩٤٩ فى قضية «Min. T. P. contre E. D. F.» مجموعة دالوز سنة ١٩٥٣ ص ٣٠٩ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٤ يناير سنة ١٩٢٠ فى قضية «Gally» المجموعة ص ٢٥ .

(٣) حكم المجلس فى ١١ ديسمبر سنة ١٩١٨ فى قضية «Jose de Cunha» المجموعة ص ١١١٧ .

(٤) حكم المجلس الصادر فى ٢١ أبريل سنة ١٩٤٤ فى قضية «Cie française des câbles télégraphiques» المجموعة ص ١١٩ .

الزئبق لا يعتبر قوة قاهرة مانعة من تنفيذ التعهد بالتوريد ، لكنه يعتبر ظرفا طارئا لم يكن في الحسبان عند التعاقد . وقد ترتب عليه زيادة أعباء الشركة بتحملها خسائر فادحة الى حد الاخلال بتوازن العقد اخلالا جسيما .

ولقد أوردنا فيما سبق حكمها الصادر في ١١ مايو سنة ١٩٦٨ والذي اعتبر منافسة الملتمزم بتسيير أتوبيس نهري عن طريق تسيير أتوبيسات نهري وهرية لخدمة ذات الخط من قبيل الظروف الطارئة التي عوضت عنها المحكمة ، وحكمها الصادر في ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ والذي اعترف بأن وباء دودة القطن يمكن اعتباره ظرفا طارئا .

٤ - وهذا الشرط مقرر أيضا في القانون المدني المصري بالنسبة الى تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال هذا القانون . فالمادة ١٤٧ من القانون المدني تشترط أن تطرأ « .. حوادث استثنائية عامة » ويضرب الدكتور السنهوري لتلك الحوادث الأمثلة الآتية « .. زلزال ، أو حرب أو اضراب مفاجيء ، أو قيام تسعيرة رسمية أو الغاؤها أو ارتفاع ياهظ في الأسعار أو نزول فاحش ، أو استيلاء اداري أو وباء ينشر أو جراد يزحف أسرابها » ونرى من هذه الأمثلة أن الحوادث لا بد أن تكون استثنائية يندر وقوعها ، ولم يأت النص المصري بأمثلة تاركا ذلك للفقه والعمل « .. »^(١) .

٢ - § كون الظروف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه

١ - وهذا هو الشرط الجوهرى الذى سميت النظرية باسمه ، ذلك أن كل عقد يحمل فى طياته بعض المخاطر ، وكل متعاقد حذر يقدر هذه المخاطر ويزنها عند إبرام العقد . فإذا قصر فى ذلك فعليه أن يتحمل وزر تقصيره . أما ما يجب أن يؤمن المتعاقد ضده فهو الطرف الذى يفوق كل تقدير يمكن أن يتوقعه الطرفان

(١) الوسيط ، الدكتور السنهوري ، المزم الأول ، ص ٦٤٣ وما بعدها .

المتعاقدان ، أو كما ينعته المفوض كورنای في تعليقه على حكم
«Fromassol» حيث يقول :

«L'événement déjouant tous les calculs que les parties ont pu faire au moment du contrat et dépassant les limites extrêmes que les parties ont pu envisager» (١)

ويتفرع على كون الحادث غير متوقع أنه لا يمكن دفعه ، ذلك أن
الحادث الذي استطاع دفعه يستوى في شأنه أن يكون متوقعا أو غير
متوقع (٢) .

٢ - ولكن هل يجب أن ينصب شرط التوقع على الطرف الطارئ
أو على آثاره ؟ لقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي أولا ، وبالنسبة الى
ظرف الحرب العالمية الأولى ، الى ضرورة اشتراط عدم توقع الفعل
الطارئ ذاته (الحرب) ، وإهمال فكرة عدم توقع آثاره أو مدى
هذه الآثار (٣) .

ولكن مجلس الدولة الفرنسي عدل عن تشدده السابق ، وأصبح
يكتفى في كثير من الحالات بأن تكون آثار الظرف الطارئ هي التي
لم يكن في الامكان توقعها (٤) .

(١) وردت هذه العبارة بذاتها في حكم المجلس في قضية غاز بوردو الذي وضع
إساس النظرية .

(٢) حكمه الصادر في ٩ نوفمبر سنة ١٩٢١ في قضية «Sté. commerciale des

(٣) الوسيط للدكتور السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٦٤٤ .

carbures» مجلة القانون العام سنة ١٩٢١ ص ٤٩٤ مع تقرير المفوض كورنای

وراجع مؤلف جيز في المقود الجزء الثاني ص ٥٠٥ .

(٤) حكمه الصادر في ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ في قضية «Ste. eau assainissement»

المجموعة ص ٩١٦ ، وفي هذا الحكم يقرر المجلس صراحة أنه اذا كان احتمال

احتلال اقليم الرهر قائما وقت إبرام العقد ، فان ما سببه من ارتفاع الأسعار ،

لا سيما في سعر الحديد قد فاق الاحتمالات العادية للطرفين .

وحكمه الصادر في ١٠ مارس سنة ١٩٤٨ في قضية «Hospices de Vienne»

(وقد سبقت الإشارة اليه) وهو أكثر دلالة من الحكم السابق ، لأن العقد أبرم بعد

صدور القوانين الاجتماعية سنة ١٩٣٦ ، ونص في العقد صراحة على تحمل المتعاقد

لارتفاع الأسعار المترتبة على تطبيق القوانين الجديدة ، وبالتالي من كل هذا فقد

طبق المجلس النظرية ، لأن ارتفاع الأسعار قد فاق الحد المقبول لتصوره عند إبرام

العقد .

«L'ampleur des hautes a pu excéder la limite de celle qui pouvaient raisonnablement entrer dans les provisions des parties» I. acst 1936.

وبهذا المعنى تقول المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٩ يونية سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ١٠٢٤) « ان الارتفاع الباهظ فى أسعار الزئبق ، ان صح أنه كان متوقعا بالنسبة الى العقد الثانى ، فان مدى هذا الارتفاع لم يكن فى الوسع توقعه بالنسبة لذلك العقد ، فقد كان السعر وقت التعاقد بالنسبة الى العقد الأول جنيه و ٦٠٠ مليما بالنسبة الى الكيلو ، فأصبح وقت التعاقد بالنسبة الى العقد الثانى ٢ جنيه و ٨٨٠ مليما ثم أصبح وقت الشراء ٤ جنيه و ٥٠ مليما . ومع ثم فان نظرية الحوادث الطارئة تنطبق على هذه الحالة » . وهذا التفسير الأخير هو الذى يتفق وحكمة النظرية ، على أساس أنها ترمى الى مجرد تمكين المتعاقد من الاستمرار فى التنفيذ حتى يزول الظرف الطارئ الذى لا يد له فيه ، ولا يستطيع دفعه .

٣ - وفيما يلى بمض تطبيقات مجلس الدولة الفرنسى لهذا الشرط^(١) :

(أ) بالنسبة للاجراءات الصادرة من السلطات العامة ، كالقوانين الاجتماعية أو المالية . . . الخ يجرى مجلس الدولة الفرنسى كقاعدة عامة على رفض تطبيق النظرية اذا أبرم العقد بعد صدور تلك الاجراءات . ولكنه يمنح التعويض اذا صدرت هذه الاجراءات بعد إبرام العقد . كما أنه يعوض الآن - وفقا لمسلكه الحديث - عن آثار تلك الاجراءات ، حتى ولو كانت متوقعة فى ذاتها ، اذا فاقت الآثار كل ما يمكن توقعه وقت إبرام العقد .

(ب) ظرف الحرب : وقضاء مجلس الدولة الفرنسى - كما يلاحظ الفقهاء - غنى فى هذا المجال . ويعوض مجلس الدولة الفرنسى عن ظرف الحرب اذا أبرم العقد فى وقت كان شيع الحرب فيه غير متوقع ، بل ان ظرف الحرب بالذات كان أول ظرف طبقت فيه النظرية .

(١) تراجع الأحكام فى مطول دى لوبادير فى العقود ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ص ٩٩ وما بعدها .

وهنا أيضا عوض المجلس عن ظرف الحرب ، رغم توقعها في ذاتها ، اذا زاد ارتفاع الأسعار عن كل مدى متوقع .

أما محكمة القضاء الإدارى المصرية ، فقد رفضت التعويض في حكمها الصادر في ١٤ أبريل سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٣٦) ، فيبعد أن أوضحت شروط تطبيق النظرية^(١) ، استطردت تقول : « ... وعلى ذلك فإن الاعتماد الثلاثى على مصر كان أمرا يجب أن يتوقعه المدعى عند إبرام العقد ، إذ كان موقف سورية من شقيقتها العربية وقتئذ موقف المؤازرة والتكافل لتوتر الجو الدولى ، وما يصحبه من ارتفاع الأسعار . فإذا كان المدعى يرد ما أصابه من ضرر الى هذه الحرب ، فإنها كانت متوقعة من كل سورى . ومع ثم تخلف هذا الشرط من شروط الظرف الطارئ » .

أما فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى الصادرة في ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٦٤ (سبقت) فيفهم منها أن الجمعية العمومية تسلم بأن الحرب هي ظرف طارئ يتمين التعويض عنه اذا توافرت باقى شروط النظرية لاسيما ما تعلق منها بحسامة الضرر .

(ج) الاضرابات : وقد طبق المجلس بالنسبة اليها المبادئ السابقة .

(د) ظرف الأزمات الاقتصادية ، كارتفاع الاسعار وانخفاضها نتيجة للظروف الاقتصادية العامة .

٣ - § كون الظرف خارجا عن ارادة المتعاقد

١ - يؤكد الفقه الكلاسيكى أن الظرف الطارئ لا يمكن أن يكتسب هذه الصفة الا اذا كان مستقلا عن ارادة كل من

(١) تقول المحكمة ان قيام الظرف الطارئ يتطلب توافر شروط معينة فيه « ألا يكون متوقعا من المتعاقد وقت إبرام العقد ، وأن يكون الحدث الفجائى غير متصل بإرادة أحدهما ، وأخيرا يتمين ان يختل التوازن الاقتصادى فى العقد بحيث يضار المتعاقد ضررا غير عادى » .

الطرفين^(١) . وهذا الرأي على إطلاقه أصبح لا يتفق مع قضاء مجلس الدولة الفرنسي الحديث ، فلقد سبق أن ذكرنا أن مجلس الدولة الفرنسي قد طور أحكام نظرية الظروف الطارئة ليواجه الأفكار الجديدة . ولعل أهم تطور في هذا المجال يتعلق بهذا الشرط . فالطرف يجب أن يكون مستقلا عن إرادة المتعاقد ، ولكنه قد يكون مع عمل الإدارة على النحو التالي :

٢ - استقلال الطرف الطارئ عن المتعاقد L'extériorité à l'égard du cocontractant

: ويتشدد مجلس الدولة الفرنسي في تطبيق هذا الشرط ، فهو يرفض التعويض كلما كان الطرف منسوبا إلى المتعاقد المضار سواء أكان هذا المتعاقد هو الذي تسبب في أحداث الطرف الطارئ بممله عن عمد أو أفعال ، أو كان المتعاقد قد قصر في بذل الجهود اللازمة لتوقي هذا الطرف الطارئ إذا كان توقي الطرف في حيز المستطاع . وأحكام المجلس كثيرة ومطردة في هذا المعنى^(٢) . فإذا كان المتعاقد قد تسبب في أحداث الطرف الطارئ جزئيا أو ساعد بخطئه في زيادة أعبائه ، فإن القاضي يراعى ذلك في تقدير التعويض .

٣ - صلة الإدارة بالطرف الطارئ : إذا ما تسببت الإدارة

بخطئها أو بفعلها في أحداث ظروف يكون من شأنها إلحاق ضرر بالمعاقد ، فإنها تكون ملزمة بتعويض هذا الضرر . ولقد رأينا أن هذا التعويض يستند إما إلى الخطأ ، أو إلى فعل الأمير . فإذا كان الطرف الطارئ راجعا إلى فعل الإدارة ، ولم تخطئ ، فهل يظل المتعاقد المضرور بلا تعويض إذا تمذر عليه الاستفادة من نظرية عمل الأمير ؟!

(١) - من هذا الرأي الفقيه جيز ، مطوله في المقود ، الجزء الثاني ، ص ٤٩٦ .
 حيث يصف الطرف الطارئ بأنه : *indépendant de volonté des parties* .
 (٢) تراجع الأمثلة الكثيرة التي أوردها الأستاذ دي لوبيدير في مطولة في المقود ، الجزء الثالث ، ص ١٠٢ .

يجيب مجلس الدولة الفرنسى فى قضائه الحديث على هذا التساؤل بالنفى ، اذ أنه يسمح للمتعاقد بالمطالبة بالتعويض استنادا الى نظرية الظروف الطارئة متى تحققت باقى الشروط ، كما فى الأمثلة التى ضربناها عند دراسة نظرية عمل الأمير^(١) .

وبذات المسلك أخذ القضاء الادارى المصرى - وعلى رأسه المحكمة الادارية العليا - كما رأينا فيما سبق .

٤ - متى يقع الظرف الطارى ؟

١ - يجب أن يقع الظرف الطارىء عقب إبرام العقد الادارى وقبل تنفيذه . وهذا يقتضى - غالبا - أن يكون تنفيذ العقد مع شأته أن يمتد فترة من الزمن يجد خلالها مع الظروف الطارئة ما يؤدى الى الاخلال باقتصاديات العقد . ولهذا فان التطبيقات الغالبة للنظرية ، تكون فى عقود امتياز المرافق العامة ، وعقود التوريد ، والنقل والأشغال العامة .

ولكن اذا كانت القاعدة السابقة هى الغالبة ، فليس ثمة ما يمنع من تطبيق النظرية ، متى توافرت شروطها اذا كان العقد غير متراخ ، وطرأت الحوادث الاستثنائية عقب إبرامه مباشرة وان كان ذلك نادر الوقوع عملا^(٢) .

والمسلم به فى الفقه الادارى الفرنسى - من ناحية أخرى - أن نظرية الظروف الطارئة تغطى جميع العقود الادارية . أما فى مصر ، فان مجال النظرية أصبح شاملا لجميع عقود الادارة للنص على

(١) حكم المجلس الصادر فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤ فى قضية «Sté. L'Energie Industrielle» مجلة القانون العام سنة ١٩٤٦ ، ص ٣١٧ مع تقرير المشوض «Detton» وتعليق الفقيه جيز ، وحكمه الصادر فى ٣ مارس سنة ١٩٤٩ فى قضية «Min. T. P. contre E. D. F» دالوز سنة ١٩٥٣ ص ٣٠٩ وراجع رسالة الدكتور ثروت بدوى ، المرجع السابق ، ص ٢١٦ .

(٢) الوسيط للسنهورى ، الجزء الأول ، ص ٦٤٢ حيث يقول : «... على أن العقد اذا كان غير متراخ ، وطرأت مع ذلك هذه الحوادث الاستثنائية عقب صدوره مباشرة ، وأن كان ذلك لا يقع الا نادرا فليس يوجد ما يمنع تطبيق النظرية ، ولهذا أثر القانون المصرى - مقتضاها فى ذلك بالقانون البولونى - أن يسكت عن شرط التراخى ...» .

النظرية تشريعا في القانون المدني كما ذكرنا . وبالتالي فان استبعاد تطبيق النظرية في مجال بعض المقود انما يرجع الى عدم توافر شروط النظرية لا الى طبيعة تلك المقود .

٢ - واذا كانت القاعدة السابقة مع الوضوح بحيث لا تحتاج الى شرح فانها تقتضى تحديدا مع النواحي التالية :

أولا : الظروف التي تطرأ قبل ابرام العقد : الأصل أن القاضي لا يמוש عن هذه الظروف . ولكن لما كان ابرام المقود يمر غالبا بمراحل متعددة - كما رأينا في القسم الثاني من هذا المؤلف - فانه يتعين أن يوضع في الحسب حالة الطرف الذي يطراً عقب ايداع المطام «*de dépôt de la soumissions*» ، وقبل توقيع العقد ، فلقد سبق أن رأينا أن الفرد يلتزم بمجرد تقديمه ، بحيث لا يحق له أن يرجع فيه ، في حين أن الرابطة التعاقدية - بمعناها الفني - لا تتم الا بعد وقت طويل من تاريخ التقدم الى المناقصة . ومن ثم فاذا وقعت الظروف الطارئة في خلال تلك الفترة ، فان مجلس الدولة الفرنسي يמוש عنها لوحدة العلة^(١) . فاذا وقع الطرف الطارئ ولم تبت الادارة في المطام خلال المدة المحددة ، فان مع حق المنافسين أن يسحبوا عطائهم . فاذا لم يفعل المنافس ، فانه يعتبر عالما بالطرف الطارئ وقت تعاقده ، ومن ثم فلا حق له في التعويض^(٢) .

ثانيا : الظروف التي تطرأ عقب المدة المحددة للتنفيذ : الأصل هنا أيضا الا تعويض عن هذه الظروف لأنه لا أثر لها على التنفيذ الذي يفترض تمامه قبل حدوثها . ولكن ما الحل اذا امتد التنفيذ الى ما وراء تلك المدة بحيث تأثر بالظروف الطارئة ؟ لا صموية

(١) حكم المجلس الصادر في ١٢ يناير سنة ١٩٣٨ في قضية *Commune d'Antony* المجموعة ص ٢٠ .

(٢) حكم المجلس في ١٥ يناير سنة ١٩٣٢ في قضية *Sté. les Limousins* المجموعة ص ٦٤ .

في الأمر إذا ما كان مرجع التأخير الى خطأ المتعاقد ، فعينئذ يتعين عليه أن يتحمل وزر خطئه^(١) . كما أنه يتعين دفع التعويض إذا ما كان مرجع التأخير الى خطأ الإدارة . ولكن يدق الأمر في حالة موافقة الإدارة على امتداد التنفيذ بناء على طلب المتعاقد . ويبدو أن مجلس الدولة الفرنسي يسمح في هذه الحالة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة^(٢) .

والظاهر أن المحكمة الإدارية العليا من هذا الرأي الأخير في حكمها الصادر في ٩ يونية سنة ١٩٦٢ (سبق) فبعد أن أكدت المحكمة على أن ارتفاع سعر الزئبق غير المتوقع يعتبر ظرفا طارئا ، وأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يتطلب الاستمرار في تنفيذ العقد ، استطلعت قائلة : « ان الشركة وان كانت قد توقفت عن التنفيذ بنفسها ، الا أن الوزارة قد قامت بالشراء على حسابها . ومن مقتضى هذا الشراء على حسابها عدم انهاء الرابطة التعاقدية ، واستمرار العقد منتجا لآثاره ، واعتبار الشركة هي المسؤولة أمام الوزارة عن عملية الشراء ، فالشركة تعتبر من الناحية القانونية قد واصلت التنفيذ » .

٥ - § أثر الظروف الطارئة على العقد

١- ولكن يعض مجلس الدولة الفرنسي عن الظروف الطارئة يتعين أن يكون من شأن هذا ظرف أن يؤدي الى إلحاق خسائر بالمتعاقد من شأنها أن تؤدي الى قلب اقتصايات العقد راسا على عقب «Bouleversement de l'economie du contrat»

فلا يكفي في هذا الصدد أن يفقد المتعاقد أرباحه كلها أو بعضها ، بل ولا يعتبر الشرط متحققا إذا حاق بالمتعاقد ضرر فعلي إذا كان هذا الضرر معقولا .

(١) حكم المجلس في ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٩ في قضية «Dehouque» المجموعة ص ١٩١ .
(٢) حكم المجلس في ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٨ في قضية «Min. prod. ind.» المجموعة ص ٦٤٣ . والحكم غير قاطع ، لأن موجه فقط هو الذي تم نشره .

ولكن قلب اقتصاديات العقد هي فكرة نسبية ، تقدر في كل حالة وفقا لظروف كل عقد على حدة . ويضع مجلس الدولة الفرنسي نصيب عينيه اعتبارات متعددة مثل رقم الأعمال الخاص بالشركة المتعاقدة ، ومقدار احتياطياتها ، ومدى سهولة حصولها على الأموال اللازمة لممارسة نشاطها . . . الخ^(١) .

وكل ما يمكن قوله في هذا الصدد أن الظرف الطارئ إذا لم يكن من شأنه أن يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، فإنه يجعله مرهقا إلى حد كبير . وفي هذا الصدد يقول الدكتور السنهوري في وسيطه « . . . والارهاق الذي يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارئ معيار من ليس له مقدار ثابت ، بل يتغير بتغير الظروف . فما يكون مرهقا لمدين قد لا يكون مرهقا لمدين آخر . وما يكون مرهقا لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقا لنفس المدين في ظروف أخرى . والمهم أن تنفيذ الالتزام يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة . فالحسارة المألوفة في التعامل لا تكفي ، فإن التعامل مكسب وخسارة »^(٢) .

وبهذا المعنى تقول محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ١٩ يونية سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٢٦١) « أن مقتضى نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف الطارئ أثقل وأشق كلفة مما قدره المتعاقدان تقديرا معقولا ، بأن تكون الخسارة الناشئة عنه ، والتي تلحق المتعاقد ، فادحة واستثنائية تتجاوز الخسارة العادية ، بمعنى أنه إذا لم يترتب على الظرف الطارئ خسارة ما أو كانت الخسارة طفيفة بالنسبة إلى عناصر الضرر في مجموعه ، أو انحصرت

(١) «Le chiffre d'affaire de la société, l'importance de ses réserves et l'aisance de sa trésorerie» .

حكم المجلس الصادر في ٨ نوفمبر سنة ١٩٦٤ في قضية
d'Enghien

(٢) الوسيط ، الجزء الأول ، ص ٦٨٥ .

كل أثر الظرف الطارئ في تفويت فرصة الربح على المتعاقد ، فإنه لا يكون ثمة مجال لأعمال أحكام هذه النظرية »^(١) .

ولقد رددت المحكمة الإدارية العليا هذا المعنى في أحكامها الصادرة بخصوص النظرية ، لاسيما في حكميها الصادرين في ١١ مايو سنة ١٩٦٨ وفي ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ وقد سبقت الإشارة إليهما .

٢ - يتضح مما سبق أن فكرة الارهاق في التنفيذ ، تقدر بالنسبة الى كل عقد على حدة ، بصرف النظر عن الموقف المالي للمتعاقد في خارج حدود الالتزامات التعاقدية^(٢) .

وبهذا المعنى تقول المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ (سبق) بعد أن أكدت أن المتعاقد ليس له أن

(١) وراجع حكمها الصادر في ١٤ يوليو سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٩٤) حيث رفضت تطبيق النظرية لأن الضرر المدمي به كان محتملا .

(٢) « وارهاق المدين لا ينظر فيه الا للصفقة التي أبرم في شأنها المقد ، فلو أن المدين تهدده بخسارة من جراء هذه الصفقة تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة ، كانت الخسارة فادحة حتى ولو كانت لا تمتد شيئا كبيرا بالنسبة الى مجموع ثروته . نعم ان ثروة المدين تكون الى حد معين محل اعتبار في تقدير الخسارة الفادحة ، فمن كان فقيرا كانت خسارته فادحة ولو لم تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة . ومن كان ثريا وجب أن تبلغ الخسارة بالنسبة اليه أضعاف الخسارة المألوفة ، ولكن حساب الخسارة يقتصر فيه على الصفقة التي أصبحت مرهقة ، فتنسب الخسارة الى هذه الصفقة لا الى مجموع ثروة المدين . فاذا تماقت الفرد مع الحكومة ، وكان له أن يتمسك قبلها بنظرية الظروف الطارئة اذا توافرت شروطها بالنسبة اليه ، فللحكومة أيضا أن تتمسك قبله بهذه النظرية اذا كانت الصفقة التي عقدتها تهددها بخسارة فادحة بالنسبة الى الصفقة ذاتها ، ولا يعتقد بأن الحكومة لا يرمقها أن تتحمل هذه الخسارة اذ هي شيء هين بالنسبة الى ميزانيتها الضخمة . بل ان الارهاق لا ينتفى حتى ولو كان المدين قد أسفسته ظروف موأته لا تتصل بالصفقة التي أصبحت مرهقة في ذاتها . فاذا التزم تاجر بتوريد قمح ، وخزن منه كميات كبيرة دون أن يتوقع علو السعر ودون أن تكون هناك صلة بين التخزين وبين التزامه بتوريد القمح . ثم علا سعر القمح لحادث طارئ أضعافا مضاعفة ، جاز له أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة لتوافر شروطها في الصفقة التي أبرمها . أما المكسب الذي يجنيه من القمح المخزون لعلو السعر فيكون له هو ، ولا شأن للدائن به . ومن ثم نرى أن الارهاق معياره موضوعي بالنسبة الى الصفقة المعقودة ، لا ذاتي بالنسبة الى شخص المدين ، الوسيط للسنتهري ، الجزء الأول ، ص ٦٤٥ .

يستند الى نظرية الظروف الطارئة للمطالبة بالتعويض « يدعو
أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه ، كما أنه يجب أن
تكون الخسارة متميزة » .

تقول المحكمة : « ومن ثم يجب أن يدخل في الحساب جميع عناصر
العقد التي تؤثر في اقتصادياته ، واعتبار العقد وحدة بحيث
يفحص في مجموعه ، لا أن ينظر الى أحد عناصره فقط ، بل يكون
ذلك بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها ، إذ قد يكون بعض هذه
العناصر مجزيا ومعوضا عن العناصر الأخرى التي أدت الى الخسارة .
ومن ثم فإن انقلاب اقتصاديات العقد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقق
من وجودها الا بعد انجاز جميع الأعمال المتعلقة بالعقد » (١) .

ولكن يحدث في العمل أن يمارس المتعاقد مع الادارة عدة أنواع
من النشاط ، يقوم بينها اتصال يختلف ضعفا وقوة بحسب الأحوال .
فكيف يقدر الارهاق في هذه الحالات ؟ تقوم الحلول التي يقدمها
مجلس الدولة الفرنسي على الأسس التالية :

(١) يجب أن يوضع في الاعتبار - عند تقدير الارهاق المشكو
منه - جميع أوجه النشاط التي يمارسها المتعاقد ، والتي يقوم بينها
اتصال وثيق ، بحيث يمكن اعتبارها فرعا من الالتزام الأصلي في
العقد . فإذا كان العقد عقد امتياز مثلا ، وكانت الشركة الملتزمة
تساهم في شركة التزام أخرى مماثلة ، فيجب أن يحسب في تقدير
الارهاق ما تحصل عليه الشركة الملتزمة من أرباح الشركة
الأخرى (٢) . كما يتمين أن يدخل في أرباح الشركة أيضا حصيلة
ما تبنيه من منتجات ثانوية تتصل بموضوع الاستغلال الأصلي
« La vente des sous-produits de l'exploitation » . (٣) . الخ .

(١) وانتهت المحكمة في الموضوع الى أنه اذا كان المتعاقد قد حقق في بعض
شهور تنفيذ العقد أرباحا تكفي لمواجهة خسارته في الأشهر الأخرى ، فإنه ليس من
حقه أن يطالب بالتعويض استنادا الى النظرية .

(٢) حكم المجلس في ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٧ في قضية «Cie française d'éclairage»
المجموعة ص ١٢٩٨ .

(٣) حكم المجلس في ٢٠ يناير سنة ١٩٢٨ في قضية «Ville de Pesenay»
المجموعة ص ٩٣ .

في هذه الحالات ، يجب أن ينظر الى جميع أوجه النشاط الفرعية ككل لا يتجزأ من النشاط الأصلي موضوع العقد^(١) .

(ب) وإذا كان المتعاقد يمارس أوجهها مختلفة من النشاط بمقتضى عقد واحد كتنفيذ أشغال عامة ، وإدارة مرافق عامة عن طريق الالتزام أو مع توريد بضائع للإدارة ، فيجب عند تقدير الازهاق الذي يتعرض له المتعاقد ، أن يوضع في الاعتبار نتيجة جميع الأعمال المنصوص عليها في العقد^(٢) .

(ج) ولكن لا يدخل في حساب الازهاق المتصل بمقدد بمينه ، نتيجة النشاط الذي لا يعتبر فرعا من الالتزام الأصلي المنصوص عليه في العقد ، كبيع مواد لا علاقة لها بموضوع العقد . وأوضح من الحالة السابقة أن يمارس المتعاقد نشاطا واحدا ولكن بمقتضى عقدتين مختلفتين لاختلاف جهة الإدارة المتعاقدة في كل من العقدتين ، فعينئذ يقرر الازهاق بالنسبة الى كل عقد على حدة^(٣) .

(١) وتجد الألفاظ السابقة في بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي . ففي حكمه الصادر في ١٠ أبريل سنة ١٩٣٠ في قضية « Ville de Toulon » المجموعة ص ٤٨٠ يقول « il faut envisager la convention dans son ensemble » وفي حكمه الصادر في ٣٠ مارس سنة ١٩٣٠ في قضية « Min des T.P. » (مجلة القانون العام ، سنة ١٩٣٠ ، ص ٧٩٠) يقول : « il faut tenir compte de tous les droits résultant pour le cocontractant de son contrat »

(٢) حكمه في أول يوليو سنة ١٩٤٩ في قضية (Etab. Viala) المجموعة ص ٣١٨ ، وفي ٤ مايو سنة ١٩٤٩ في قضية (Ville de Toulon) المجموعة ص ١٩٧ ، وفي ١٠ أبريل سنة ١٩٣٥ في قضية (Ville de Toulon) المجموعة ص ٤٨٠ .

(٣) حكم المجلس في ٨ أغسطس سنة ١٩٢٤ في قضية (Gaz de Brive) المجموعة ص ٨١٧ وفي ١٩ فبراير سنة ١٩٢٦ في قضية (Gaz de la ciétat) المجموعة ص ١٩٦ وفي ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٧ في قضية (Petot) المجموعة ص ٦٤٢ .

المطلب الثالث

الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة

تقع فكرة الظروف الطارئة في مركز وسط بين الحالة العادية التي يستطيع فيها المتعاقد أن يوفى بالتزاماته التعاقدية ، وبين حالة القوة القاهرة التي تؤدي الى تحرير المتعاقد من التزاماته . وهذه الفكرة هي التي تحكم الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة كما وضعها مجلس الدولة الفرنسي . ويمكن رد هذه الأفكار الى الأسس التالية :

- ١ - بقاء التزامات المتعاقد كما هي .
 - ٢ - حق المتعاقد في الحصول على معاونة من الإدارة .
 - ٣ - كون هذه المعاونة مؤقتة
- وسوف نتولى شرح هذه الأسس الثلاثة على التوالي ، ثم نعقب عليها بتوضيح من الذى له أن يتمسك بالظرف الطارئ .

الفرع الأول

بقاء التزامات المتعاقد

- ١ - ذلك أن الظرف الطارئ يمتاز بصفة أساسية - كما ذكرنا - بأنه لا يحرر المتعاقد من التزامه ، لأن هذا الالتزام - اذا كان مرهقاً - فانه ممكن - وغاية النظرية - كما أوضح مجلس الدولة الفرنسي في قضية غاز بورديو - تمكين المتعاقد من الوفاء بالتزاماته كاملة ، لأن كل اخلال بهذه الالتزامات لن يضار من ورائه الا المستفيدون . ومن ثم فقد حرص مجلس الدولة الفرنسي ، حين خلق النظرية لأول مرة على خلاف القواعد المدنية التقليدية لا سيما في القانون الفرنسي ، أن يقرر صراحة :

«Il convient de décider d'une part que la compagnie est tenu d'assurer le service concédé ...».

(م - ٤٤ المقود الادارية)

وإذا كانت النظرية قد تقررت لأول مرة بمناسبة عقد الامتياز فان مداها يشمل - كما ذكرنا - جميع العقود الادارية (بل وجميع العقود فى مصر) ولهذا فان الالتزام السابق ينصب على عاتق جميع المتعاقدين الذين يحاولون الاستفادة من النظرية ، كملتزم الأشغال العامة أو التوريد^(١) .

٢ - ويترتب على المبدأ السابق أنه يتمين على المتعاقد - الذى يريد أن يستفيد من نظرية الظروف الطارئة - أن يواصل تنفيذ التزاماته رغم الظرف الطارئ ، ما دام التنفيذ فى ذاته ممكنا ولم يتحول الظرف الطارئ الى قوة قاهرة تحول دون التنفيذ . فاذا توقف المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته استنادا الى الظرف الطارئ ، فانه يتعرض لتوقيص الجزاءات التى عرضنا لها فيما سبق ، لاسيما عقوبة غرامات التأخير ، ولا يجديه نفعا الاحتجاج بهذا الظرف الطارئ^(٢) .

أما فيما يتعلق بتطبيق نظرية الظروف الطارئة رغم التوقف ، فان مجلس الدولة يتبع سياسة مرنة : فقد يحكم بالتعويض استنادا الى نظرية الظروف الطارئة اذا قدر صعوبة الظروف التى تعرض لها المتعاقد المتوقف ، مع خصم غرامات التأخير من مبلغ التعويض^(٣) وفى حالات أخرى رفض المجلس التعويض .

وبالمسلك الأول أخذت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٩ يونية سنة ١٩٦٢ والذى سبقت الاشارة اليه . ذلك أن الشركة المتعاقدة قد توقفت عن توريد الزئبق لارتفاع أسعاره . ولكن

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٩ يونيو سنة ١٩٤٥ فى قضية (Ville de Bressuire) المجموعة ص ١٤٤ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٠ أبريل سنة ١٩٢٣ فى قضية (Sté. d'éclairage d'Oléron) المجموعة ص ٦٨٢ .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٣ فى قضية (Charnit et Collet) منشور فى مجموعة (Actual. jur. 1954, p. 66) .

الادارة تولت الشراء على حسابها بالأموال المرتفعة ، فقضت المحكمة بأن هذا الشراء على حساب الشركة يفترض استمرار العقد منتجا لآثاره « فيقع على عاتقها (الشركة) غرامة التأخير والمصاريف الادارية التي تكبدتها الوزارة في عملية الشراء » وذلك مع تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، بل وقررت المحكمة في حكمها أيضا « أنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار عند توزيع الحسارة بين الشركة والوزارة الظروف التي أيرم فيها العقد من ارتفاع مفاجيء في أسعار الزئبق بسبب تهافت الدول الكبرى على شرائه ، واستمرار هذا الارتفاع طوال مدة التنفيذ ، وما بذلته الشركة من محاولات للحصول على الزئبق بثمان محتمل وطلباتها المتعددة لاعفائها من التوريد وقيام الحكومة نيابة عنها بالشراء على حسابها بعد انتظار طويل حتى بلغت الأسعار أقصاها في الارتفاع » .

ويحدث في العمل أن يتحول الظرف الطارئ الى قوة قاهرة خلال فترة قصيرة من الزمن . - وحينئذ يكون للمتعاقد أن يتوقف عن التنفيذ خلال تلك الفترة ، ويتمين عليه أن يعاود التنفيذ متى زالت القوة القاهرة ، والا امتنع عليه الاستناد الى نظرية الظروف الطارئة^(١) .

الفرع الثاني

حق المتعاقد في الحصول على معاونة الادارة

وفي هذه الخصوصية تختلف أحكام نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني ، عنها في القانون الادارى اختلافا جوهريا . ومرجع هذا الخلاف الى سلطات القاضى فى كل من القانونين . ففي نطاق القانون المدني يستطيع القاضى أن يعدل من التزامات المتعاقدين . فى حين أن القاضى لا يستطيع فى نطاق القانون الادارى أن يحكم

(١) حكم المجلس الصادر فى ٣٠ يونيو سنة ١٩٣٢ فى قضية (Commune de Cange) المجموعة ص ٦٤٧ وفى ٢٨ فبراير سنة ١٩٤١ فى قضية (Min. T. P.) المجموعة ص ٢٣ .

الا بالتعويض . ومن ثم فأننا ندرس أولا سلطات القاضى فى كل من القانونين ، وأساس هذا الخلاف ، ثم نتناول بالدراسة أساس التعويض الذى يحكم به القاضى فى نطاق القانون الادارى ومدها .

١ - § سلطات القاضى فى مواجهة الظروف الطارئة

١ - نصت الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى المصرى الجديد صراحة على اختصاص القاضى بقولها : « ... جاز للقاضى ، تبعا للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ... » ولقد كان المشروع النهائى للقانون المدنى - فى خصوص هذه المادة - ينص على أن القاضى ينقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول . ولما كان الانقاص لم يقصد به فى المشروع الانقاص المادى ، وإنما قصد به تعديل الالتزام بتخفيف عبئه ، فقد رأت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، توخيا للدقة فى تحرر هذا المعنى ، أن تعدل نص المشروع النهائى الى وضعه الحالى^(١) . وعلى هذا الأساس ، يجوز للقاضى أن يحكم بوقف تنفيذ العقد مؤقتا حتى يزول الظرف الطارئ . وقد يرى زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق ، وقد يرى انقاص الالتزام المرهق ، ولكنه لا يستطيع أن يحكم بفسخ العقد ، لأن النص لا يخوله ذلك .

ويلاحظ فى حالتى انقاص الالتزام المرهق وزيادة الالتزام المقابل ، أن القاضى لا يرد الالتزام الى الحد المعقول الا بالنسبة الى الحاضر ، ولا شأن له بالمستقبل ، لأنه غير معروف ، فقد يزول أثر الحادث الطارئ ، فيرجع العقد الى ما كان عليه قبل التعديل ، وتعود له قوته الملزمة كاملة كما كان فى الأصل^(٢) . هذا هو دور القاضى فى القانون المدنى .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٢٨٤ ، ٢٨٦ .

(٢) الوسيط للسنهورى ، الجزء الأول ص ٦٤٦ - ٦٤٩ ، والمراجع التى اشار اليها .

٢ - وهذا الذى يستطيع القاضى المدنى أن يحكم به ، هو الغاية التى يستهدفها مجلس الدولة الفرنسى من خلق نظرية الظروف الطارئة ، ولكنه لا يستطيع أن يحكم بما يحكم به القاضى المدنى . فالمسلم به ان القاضى الادارى لا يستطيع اطلاقا أن يعدل نصوص المقد - وهذه القاعدة مسلم بها فى نطاق القانون الخاص أيضا ، ولو لم يخول الشارع القاضى المدنى السلطات التى أشرنا إليها لما استطاع أن يمارسها وفقا للقواعد العامة فى الاختصاص . ولهذا فان دور القاضى الادارى ينحصر فى الحكم بتعويض^(١) . غير أن مجلس الدولة الفرنسى - عن طريق الحيلة - استطاع أن يصل الى حل وسط ، يستهدف المحافظة بقدر الامكان على قواعد الاختصاص ، مع محاولة رد الالتزام المهرق الى الحد المعقول ، وذلك عن طريق دعوة كل من الادارة والمتماقد الى محاولة الاتفاق الودى . فاذا فشل الطرفان فى الوصول الى هذا الاتفاق ، فليس أمام القاضى الا سبيل واحد ، هو سبيل الحكم بالتعويض ، ومن ثم فان مجلس الدولة الفرنسى - يعلق الحكم بالتعويض على شرط عدم وجود اتفاق بين الطرفين «^(٢) défaut d'accord amiable»

٣ - ويمكن تبرير مسلك مجلس الدولة الفرنسى على الأسس التالية :

(١) ان مهمة القاضى كقاعدة عامة هى تفسير العقود ، وتطبيق

(١) راجع على سبيل المثال حكم المجلس الصادر فى ٢١ يناير سنة ١٩٤٤ فى قضية (société d'entreprises) المجموعة ص ٢٣ وقد جاء فيه :

«Il n'appartient pas au juge administratif de modifier les clauses d'un contrat librement acceptées par les parties».

(٢) وقد توصل مجلس الدولة الى هذه الحيلة وطبقها فى أول حكم وضع به أساس النظرية ، وهو حكمه فى قضية « غاز بور دو » السابقة حيث يقول :

«Il y a lieu de renvoyer les parties devant le conseil de préfecture, auquel il appartiendra, si elles ne parviennent pas à se mettre d'accord sur les conditions spéciales dans lesquelles la compagnie pourra continuer le service, de déterminer en tenant compte de tous les faits de la cause le montant de l'indemnité à laquelle la compagnie a droit».

أحكامها ، لا تعديل شروطها ، وهذه قاعدة أساسية لا تختلف فيها العقود الإدارية عن العقود المدنية كما ذكرنا .

(ب) ان القاعدة في القانون الإداري ، أن القاضى لا يستطيع أن يأمر الإدارة بالقيام بمسئل معين . ولو أتيح له تعديل الالتزامات التعاقدية ، لكان ذلك بمثابة إصدار أوامر للإدارة .

(ج) ان الإدارة حين تضمن العقد شروطا معينة ، وتحمل المتعاقد بمقتضاها التزامات محددة ، فانها تستهدف تحقيق مصلحة عامة . ولو أتيح للقاضى أن يعدل شروط العقد رغم أنف الإدارة ، فقد تتعرض المصلحة العامة للخطر . ومن ثم فإن دواعى المصلحة العامة تقتضى أن تظل شروط العقد نافذة ، حتى تقبل الإدارة مختارة تعديلها ، لأنها لن تفعل ذلك ، الا بعد أن تتأكد مقدما من أن المصلحة العامة لن تضار من جراء التعديل . وهذا الاعتبار الأخير ، لا محل له في القانون الخاص ، حيث يعمل كل متعاقد على تحقيق مصلحته الخاصة^(١) .

ولما كان نص المادة ١٤٧ عاما ، يشمل جميع العقود التى تخضع للقانون المدني ، وكانت عقود الإدارة التى لا تتوافر فيها خصائص

(١) ولهذا فعندما نص المشرع على نظرية الظروف الطارئة في القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ اختلفت صياغة المادة السادسة منه عن صياغة المادة ١٤٧ من القانون المدني . فقد نصت المادة السادسة المشار إليها على ما يلي : « اذا طرأت أروق لم يكن من المستطاع توقعها ، ولا يدل مانع الالتزام أو الملتزم فيها ، وأفضت الى الاخلال بالتوازن المالى للالتزام أو الى تعديل كيانه الاقتصادى كما كان مقدرا وقت منح الالتزام جاز لمانع الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار ، واذا اقتضت الحال ، أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله . وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر فى استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة الى القدر المقبول » فلم يجعل المشرع سلطة التعديل للقاضى كما هو الشأن فى نص المادة ١٤٧ السابقة . كما يلاحظ أن المشرع تأثر فى تعريف الظروف الطارئة بالأراء التقليدية ، فلم يضع فى الاعتبار التطور الحديث لمجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص . ولما كان مجلس الدولة المصرى يعتبر أن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ قانونا كاشفا لا منشئا ، فإن التمرير السابق لا يقيد القضاء الإدارى المصرى فى صياغة أحكام نظرية الظروف الطارئة وفقا لمبادئ القانون الإدارى ، وحسب مقتضيات هذا القانون ، لاسيما وأن القانون السابق يقتصر على عقود التزام المرافق العامة ولا يتناول سائر العقود الإدارية .

المعقود الادارية تخضع لذلك القانون ، فان نظرية الظروف الطارئة - كما حددتها المادة ١٤٧ السابقة - تطبق عليها . ومن ثم فان القاضى يملك بالنسبة اليها ، ما يملكه بالنسبة الى عقود الأفراد . وهكذا يقتصر الحكم الذى أشرنا اليه على المعقود التى يختص مجلس الدولة المصرى بالنظر فى المنازعات المتعلقة بها ، وهى المعقود الادارية على التفصيل الذى أوردناه فى القسم الأول من هذا المؤلف .

وبالرغم من وضوح هذا المبدأ الذى لم يخرج عليه القضاء الادارى فى مصر ، فان القضاء يستعمل أحيانا اصطلاحات غير معبرة ، تجاوز قصده ، سبق أن أشرنا الى بعضها ، ومنها أيضا ما ورد فى حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ١٤ يوليو سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٩٤) حيث تقول : « لما كانت الظروف أو الحوادث الطارئة التى أنجاز القانون بالاستناد اليها للقاضى تعديل الالتزام المرقق الى الحد المعقول بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، تصلح سببا للدعاء بتعديل العقد أثناء تنفيذه . . . »

ولكن المحكمة الادارية العليا طبقت المبدأ السليم - لأول مرة فيما نعلم - بمقتضى حكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٨٧٤) وذلك حينما نافست الادارة ملتزم تسيير الأتوبيس النهري فسببت له أضرارا ، حاولت محكمة القضاء الادارى تمويضه عنها عن طريق تعديل شروط العقد . فبعد أن أوضحت المحكمة الادارية العليا شروط تطبيق كل من نظريتى عمل الأمير والظروف الطارئة عى النحو الذى سبق توضيحه ، ألفت المحكمة الادارية العليا حكم محكمة القضاء الادارى الذى قضى بتعديل شروط العقد ، وقضت بالتمويض الجزئى - اعمالا لنظرية الظروف الطارئة - وجاء فى حكمها بهذا الصدد قولها ، ان تعديل الاتاة المتفق عليها « ينطوى على تعديل لشروط العقد بسبب حادث طارئ أثناء تنفيذه ، وهو أمر لا يملكه القاضى الادارى » .

٢ - § أساس التعويض ونطاقه

١ - على أي أساس قانوني يقوم التعويض الذي يحكم به القاضى فى حالة الظروف الطارئة ؟ لا يتفق الفقهاء على أساس موحد فى هذا الخصوص . وتدور الأسس التى يقول بها الفقهاء حول الأفكار التالية :

أولاً : فكرة التوازن المالى للمعقد «L'équilibre financier du contrat»
ويقول بهذا الأساس الفقيه فالين^(١) ، والفقيه دى سوتو^(٢) .

ولقد انتقد هذا الرأى الفقيه بيكنيو ، فى بحثه الذى أشرنا إليه مراراً ، ذلك أن فكرة التوازن المالى للمعقد ، تؤدى الى التعويض الكامل ، وإعادة مركز المتعاقد الى حالته قبل حلول الظروف الطارئة ، فى حين أن التعويض الذى يناله المتعاقد وفقاً لنظرية الظروف الطارئة ، هو تعويض جزئى ومؤقت كما سنرى^(٣) .

ثانياً : فكرة النية المشتركة للطرفين «La commune intention des parties»
بمعنى أن القاضى يحكم بالتعويض عن الأضرار التى تترتب على الظروف الطارئة لأن نية الطرفين تنصرف الى أن يتحمل الطرفان المتعاقدان آثاره الضارة . ومن هذا الرأى العميد بونار^(٤) ، كما أنه تردد فى تقارير بعض المفوضين مثل المفوض «Chardennet»
وهذا الأساس تعسفى فى معظم الحالات ، ولا يصلح دائماً لتبرير القواعد البريتورية التى يخلقها القضاء الإدارى ، ولو استتر خلف حيلة التفسير .

(١) مطلوه فى القانون الإدارى ، الطبعة الرابعة (سنة ١٩٤٦) ص ٤٠ .
(٢) Note au D. C. 1942. J. III. et article; J. III. P. 1950 I. 317.

(٣) الملزمة رقم ٥١١ ، بند رقم ٣٩٨ .

(٤) موجزه السابق ، ص ٧٤٤ .

ثالثا : ويذهب الرأى الراجح فى نظرنا الى ارجاع التصويض الى الطبيعة الذاتية للعقود الادارية ، وصلتها بالمرافق العامة . فالأصل أن المرافق العامة يجب أن تؤدي خدماتها باستمرار ، وعلى الادارة أن تعمل على تحقيق هذه القاعدة . فاذا طرأت ظروف غير متوقعة ، وترتب عليها ارهاق المتعاقدين ، فان على الادارة أن تهب الى معاونته للتغلب على تلك الظروف ، حتى يستطيع أن يتمكن من الوفاء بالتزاماته ، وبالتالي يستطيع المرفق أن يؤدي خدماته المعتادة دون توقف . واذا فالتصويض يستند الى ضرورات سير المرافق العامة ، والى قواعد العدالة^(١) . وهو ما أقرته صراحة المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ (سبق) حيث تؤكد « أن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التى هى قوام القانون الادارى ، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة ، فرائد جهة الادارة هو كفاءة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام ... » .

واذا كان المشرع المصرى قد أقر النظرية فى نطاق عقود القانون الخاص ، غير ذات الصلة بالمرافق العامة ، اعمالا لقواعد العدالة ، ومنعنا لاستغلال أحد الطرفين للمتعاقد الآخر ، فان النظرية أولى بالتطبيق فى نطاق القانون العام ، لوحدة العلة فى الحالتين ، زيادة على الاعتبارات المستمدة من صلة العقد الادارى بالمرفق العام . ولقد سبق أن ذكرنا أن مجلس الدولة فى فرنسا وفى مصر ، يرجع الى قواعد القانون الخاص فى مجال العقود الادارية ، كلما كانت هذه القواعد مجرد تقنين لمبادئ العدالة التى لا يختلف تقديرها فى مجال القانونين العام والخاص . ولا شك أن نظرية الظروف الطارئة من هذا القبيل . ومن ثم فان تقرير النظرية فى القانون المدنى المصرى

(١) مطول دى لويادير فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ١١٩ . ومطول الفقيه جيز فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٤٧٠ حيث يقول : تبريرا للتصويض فى حالة الظروف الطارئة :

«Ce secours est raisonnable, équitable ... Si la clause n'existe pas, il est équitable en même temps que de bonne politique de suppléer au silence du contrat».

تشريعيا يعتبر حجة اضافية للتسليم بالنظرية في مجال القانون العام ، وهو المجال الاصيل لهذه النظرية كما ذكرنا .

٢ - وعند الحكم بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة ، يلتزم مجلس الدولة الفرنسي القواعد الآتية :

أولا : فيما يتعلق بتحديد بداية الظروف الطارئة : وتحديد هذا التاريخ بالغ الأهمية . لأن حساب الخسائر التي يجوز المطالبة بالتعويض عنها على الأساس نظرية الظروف الطارئة ، يبدأ منه . ويطلق عليه بالفرنسية عادة «Le seuil de l'imprévision» ويبدأ هذا التاريخ منذ اللحظة التي يتجاوز فيها ارتفاع الأسعار الحد الأقصى الذي كان يمكن توقعه عند إبرام العقد^(١) . وما دامت الأسعار في نطاق هذا الحد الأقصى ، فلا يمكن الحكم بتعويض . وكثيرا ما يذكر مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ صراحة في أحكامه . ومن ذلك قوله في قضية «Commune de Turnac»

«La hausse des prix n'a pas dépassé la limite de celles que les parties pouvaient envisager; dans ces conditions, aucune indemnité d'imprévision ne saurait allouée».

ثانيا : فيما يتعلق بتحديد الخسارة التي لحقت المتعاقد من الظروف الطارئة : يقدر مجلس الدولة الفرنسي الخسائر التي تلحق المتعاقد طيلة الفترة التي يستمرها الظرف الطارئ على ضوء الاعتبارات الآتية :

(أ) النتائج الفعلية لاستغلال المشروع موضوع التعاقد
«Les résultats effectifs de l'exploitation» ، فلا يجوز أن يدخل في حساب

(١) ويطلق عليه بالفرنسية تسمية «Le prix limite» ويشتمل مجلس الدولة الفرنسي هذا الاصطلاح كثيرا . راجع على سبيل المثال أحكامه الصادرة في ٨ أغسطس سنة ١٩٢٤ في قضية «Gar de Brive» المجموعة ص ٨١٨ وفي ٣ يناير سنة ١٩٣٦ في قضية «Commune de Turnac» المجموعة ص ٦ وفي ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٧ في قضية «Petet» المجموعة ص ٦٤٧ .
(٢) أشير إليها في الهامش السابق .

الأرباح والخسائر ما كان يمكن أن يعود على المتعاقد لو أنه قام بعمل معين^(١).

(ب) لا يدخل في حساب الخسائر ، الأرباح التي حققها المتعاقد قبل حلول الظروف الطارئة . كما أنه عند حساب هذه الخسائر يجب أن يستبعد من التقدير الأرباح المحتملة في المستقبل ، والتي قد يجنبها المتعاقد عقب زوال الظروف الطارئة^(٢).

بل لقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي الى أبعد من هذا ، وقرر أنه اذا استطلت فترة الظروف الطارئة الى بضعة سنوات ، وحدث أن حقق المتعاقد أرباحا خلال سنة أو سنوات من تلك الفترة ، فإن هذه الأرباح لا تستنزل من الخسائر النهائية للفترة كلها^(٣).

(ج) الخسائر التي يكون المتعاقد قد تحملها قبل بداية فترة الظروف الطارئة ، لا تدخل في حساب الخسائر التي يجوز للمتعاقد أن يطالب بالتعويض عنها بطبيعة الحال ، بل يتحملها المتعاقد كضرب من ضروب المخاطرة التي يتعرض لها المتعاقد عادة . ولكن هذه الخسائر تستنزل من الخسائر النهائية التي تترتب على الظروف الطارئة . وهكذا لا تشارك الإدارة الا في الفرق بين الخسائر العادية المحتملة ، والخسائر التي تتجاوز الحد المعقول للأضرار^(٤).

(١) حكم المجلس الصادر في ٣٠ مارس سنة ١٩٣٣ في قضية «Ville d'Oran» المجموعة ص ٣٧٩ . حيث يقول :

«C'est à tort que les experts ont rattaché les recettes et les dépenses qui auraient été vraisemblablement effectuées si les travaux d'expansion projetés avaient été exécutés au lieu de s'entendre aux résultats effectifs de l'exploitation d'après sa consistance réelle».

(٢) حكم المجلس الصادر في ٢٧ يونيو سنة ١٩١٩ في قضية «Gas de Nice» وتعليق ميري سنة ١٩٢٠ القسم الثالث ص ٢٥ مع تقرير المفوض «Riboulet» وروبير وفي ١٨ يناير سنة ١٩٢٤ في قضية «Ville de Paris» المجموعة ص ٥٨ . (٣) حكمه الصادر في ١٩ فبراير سنة ١٩٢٦ في قضية «Gas de la Ciotat»

المجموعة ص ١٩٦ وفي ٢٣ يونيو سنة ١٩٢٦ في قضية «Cie générale pour l'éclairage» المجموعة ص ٦٣٣ وفي ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٧ في قضية «Cie française d'éclairage» المجموعة ص ١٢٩٧ .

(٤) حكم المجلس في ٨ أغسطس سنة ١٩٢٤ في قضية «Sté d'éclairage de Brives» المجموعة ص ٨١٧ وفي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ في قضية «Tramways de Besançon» المجموعة ص ١٠٣٦ .

(د) ولكن عند حساب الخسائر ، هل يوضع فى الاعتبار الفرق بين الأسعار الفعلية وقت التعاقد والأسعار الجديدة ؟! أم الفرق بين أقصى سعر يمكن توقعه ، وبين الأسعار الجديدة ؟! لقد أقر مجلس الدولة الفرنسى الحل الأول . وهكذا تصبح فكرة « الحد الأقصى للأسعار المقولة » (Le prix limite) شرطا لقيام الطرف الطارئ ولكن لا أثر لها فى تحديد الخسارة التى يتحملها المتعاقد من جراء طرور هذا الطرف^(١) .

(هـ) يجب أن يوضع فى الاعتبار جميع أنواع النشاط المتصلة بموضوع العقد الأسمى ، أو التى ينص عليها العقد على النحو الذى أوضحناه فيما سلف .

(و) يخصم من قيمة الخسائر الفعلية التى تحملها المتعاقد نتيجة للطرف الطارئ ، ما يرجع الى أخطائه فى تنفيذ العقد ، كإهماله ، أو عدم اتباعه الوسائل الفنية المسلم بها فى التنفيذ^(٢) .
«négligence et insuffisance technique»

(ز) يدخل فى الجانب الإيجابى لحساب الخسائر جميع ما يحصل عليه المتعاقد نتيجة للعقد سواء فيما يتعلق بتنفيذ الالتزامات الأصلية أو التبعية كما ذكرنا . ويشمل الجانب السلبى منها كل ما يتحمله المتعاقد بسبب تنفيذ التزاماته العقدية ، كالنفقات العامة لإدارة المشروع . ويدخل فيها أجور العمال والموظفين ، ونفقات استهلاك

(١) حكم المجلس الصادر فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٨ فى قضية «Sté le Contro électrique» المجموعة ص ١٢٢٩ حيث يقول :

«C'est à tort que le Conseil de prefecture a déduit du fait total une somme représentant la part afferant à une hausse prévisible du combustible; en effet, c'est seulement pour la détermination du point de départ de la période d'imprévision qu'il ya lieu de fair état de marge de hausse prévisible qui a pu être envisagée par les parties».

(٢) حكم المجلس فى ٢٧ مارس سنة ١٩٢٢ فى قضية «Ville de Montfort» Absury» المجموعة ص ٢٧٥ وفى ٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ فى قضية «Commune de Graulheto» المجموعة ص ١٠٦١ .

الآلات والمباني ورأس المال ، ونفقات التأمين المبادية ، والضرائب والرسوم المفروضة على المتعاقدين^(١) .

ثالثا : فيما يتعلق بتوزيع عبء الخسارة بين المتعاقدين والادارة :
تقوم نظرية الظروف الطارئة على أساس مبدأ جوهرى ، هو توزيع أعباء الخسارة الفادحة المترتبة على الظرف الطارئ بين الادارة والمتعاقدين اذا لم تشأ الادارة أن تعدل الالتزامات التعاقدية بما يتفق والوضع الجديد . ويخضع هذا الموضوع لمبادئ رئيسية يمكن اجمالها فيما يلى :

(١) يتعين أن يتحمل المتعاقدين جانبا من الخسائر . ولم يخرج مجلس الدولة الفرنسى على هذا المبدأ حتى الآن ، بالرغم من دعوة بعض مفوضى الدولة الى هجر هذه القاعدة . ولقد صور المفوض «josse» هذا المبدأ فى تقريره الذى قدمه بمناسبة حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية «Tramways de Cherbourg» حيث يقول^(٢) :
«Vous savez avec quelle obstination on a cherché à vous faire modifier sur ce point votre jurisprudence; invoquant la stabilisation des conditions économique, on vous a demandé de supprimer cette participation de l'exploitant au déficit contractuel; vous avez constamment refusé».

وبهذه القاعدة الأصلية تمتاز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية عمل الأمير ، والتي تنتهى الى تمويض المتعاقدين تعويضا كاملا كما رأينا .

(ب) ولكن قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، اذا كان قد استمسك بضرورة تحمل المتعاقدين لجانب من الخسائر المترتبة على الظرف الطارئ ، فان قضاءه لا يجرى على قاعدة موحدة من حيث نسبة

(١) فى التفاصيل راجع مطول الفقيه دى لوبادير فى المقود ، الجزء الثالث ، ص ١٢٧ .

(٢) صدور الحكم فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ ، منشور فى مجموعة سبرى ١٩٣٣ القسم الثالث ، ص ٩ مع تعليق لاروك ، ومنشور أيضا فى مجموعة دالوز ، القسم الثالث ، ص ٧ مع تعليق «Pelloux» ومن أحكام المجلس الحديثة فى هذا الصدد حكم الصادر ٤ مارس سنة ١٩٤٩ فى قضية «Ville de Toulon» المجموعة ص ٤٦٧ وفى أول يوليو سنة ١٩٤٩ فى قضية «Min. de la guerre» المجموعة ص ٣١٨ .

المشاركة بين الطرفين المتعاقدين - ومن الناحية العملية ، يجرى مجلس الدولة الفرنسى على جعل مشاركة المتعاقد رمزية - والنسبة المئوية الغالبة التى يلتزمها المجلس فى معظم أحكامه تحصل الدولة ٩٠٪ من الخسائر^(١) وفى أحيان نادرة يحمل الدولة ٨٠٪ من الخسائر^(٢) ، أو يزيد من نصيبها فيرتفع به الى ٩٥٪ منها^(٣) .

(ج) وفى توزيع العبء بين الطرفين ، يراعى مجلس الدولة الفرنسى اعتبارات متعددة ، كموقف المتعاقد فى مواجهة الظرف الطارئ ومحاولة التغلب عليه والحالة الاقتصادية العامة للمشروع ، ومدى الاستقرار الاقتصادى فى الدولة عموما ، وتعتد الإدارة فى معاملة المتعاقد اذا وجد ، كرفضها باصرار قبول تعديل شروط العقد لمواجهة الظرف الطارئ ، كزيادة الأسعار المتفق عليها فى العقد مثلا - كما أن القاضى يستطيع أن يضع موضع الاعتبار ، العناصر التى لا تدخل فى حساب الخسائر والتى أشرنا إليها فيما سبق ، كحصول المتعاقد على أرباح قبل حلول الظرف الطارئ ، أو خلال الظرف اذا امتد لأكثر من سنة ، أو اذا حقق المتعاقد مع الإدارة أرباحا فى عقود أخرى لا علاقة لها بالمقد موضوع الدعوى^(٤) .

وتطبيق المحكمة الإدارية العليا فى مصر ، ذات المبادئ - فهى فى حكمها الصادر ٣١ يناير سنة ١٩٨٤ (مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ٢٩ ، ص ٥٥٥) تقرر الأصول التالية :

-
- (١) بحث الأستاذ بيكينو السابق ، ملزمة رقم ١١ ، فقرة رقم ٤٨٣ ، ومطول دى لوبادير ، الجزء الثالث ، ص ١٢٨ .
- (٢) حكم المجلس الصادر فى ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٥ فى قضية «Ville de Laguy» المجموعة ص ١٠٢٦ .
- (٣) حكم المجلس الصادر فى ١١ يونيو سنة ١٩٤٣ فى قضية «Min-Marine» .
- (٤) حكم المجلس فى ٨ أبريل سنة ١٩٢٤ فى قضية «Sté. de Brive» المجموعة ص ١٨٧ ، وفى ١٩ فبراير سنة ١٩٢٦ فى قضية «Gaz de la ciétat» المجموعة ص ١٩٧ وفى ٢٣ يونيو سنة ١٩٢٦ فى قضية «Cie générale pour l'éclairage» المجموعة ص ٦٣٨ .

- ان أحكام نظرية الظروف الطارئة تطبيق حتى ولو نفذت
الادارة على حساب المتعاقدين المقصر .

- كان التزام المتعاقدين ينصب على توريد شمع وتبن . وارتفع
سعر الشمع يواقع جنيه ونصف ، ولم تعتبر المحكمة هذا الارتفاع
مبررا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة . أما سعر التبن فقد بلغت
الزيادة فيه عشرين جنيها في كل جمل ، فاعتبرت المحكمة أن هذه
الزيادة مبررة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة .

- قضت المحكمة بتوزيع الزيادة بين المورد والادارة ، بحيث
يتحمل المورد خمسة عشر جنيها ، وتحمل جهة الادارة عشرة
جنيها ، وهو مسلك يسير على عكس ما يجرى علمه مجلس الدولة
الفرنسي الذي يحمل جهة الادارة الجانب الأكبر من الحسارة على النحو
السابق توضيحه^(١) .

الفرع الثالث

نهاية الظروف الطارئة

١ - تفترض نظرية الظروف الطارئة - كما صاغها مجلس
الدولة الفرنسي - تعرض المتعاقدين لظروف مؤقتة مصيرها الى الزوال .
ومن ثم فان النظرية تستهدف - كما ذكرنا - تمكين المتعاقدين من
التغلب على هذه الظروف ، حتى تعود الحالة الطبيعية التي أبرم
العقد في ظلها ، ويتولى كل من الطرفين تنفيذ التزاماته كما حددها
المعقد ، وهذا ما وضعه مجلس الدولة الفرنسي في قضية غازبودو
التي كانت الأساس الأول لهذه النظرية حيث يقول :

«Une fois la période des difficultés passée, on reviendra à l'exécution normale du marché».

(١) أما الفوائد ، فقد أوقفت المحكمة النصل فيها انتظارا لحكم المحكمة الدستورية
العليا على أساس مدى مخالفة الحكم بالفوائد للشريعة الإسلامية التي قضى الدستور
بأنها المصدر الرئيسي للتشريع .

وعودة التوازن المالى للمقد قد ترجع الى أحد سببين :

(أ) اما بناء على زوال الظروف الطبيعية أو الاقتصادية التي كانت سببا فى ارهاق المتعاقد ، كانهخفاض الأسعار الى مستواها الطبيعى ، أو عودة العملاء أو إلغاء القيود الاقتصادية ... الخ . وهنا لا صعوبة فى الأمر .

(ب) واما أن تتوقى الادارة دفع التعويض ، وتقبل مختارة أن تميد النظر فى شروط العقد بما يعيد اليه توازنه . وكثيرا ما تلجأ الادارة الى هذا الحل فى عقود التزام المرافق العامة ، فتقبل زيادة الرسوم التي يتقاضاها الملتزم من المنتفعين بما يحقق توازن العقد . وهكذا تغلت من دفع مبلغ التعويض من الأموال العامة . وفى الحالتين ينتهى الظرف الطارئ ، وبالتالي تتحلل الادارة من التزامها بتعويض المتعاقد .

٢ - ولكن يحدث أحيانا أن يتبين استحالة عودة التوازن المالى للمقد ، ويثبت أن المتعاقد لن يمكنه الاستمرار فى تنفيذ التزاماته المقدية الا بمعاونة دائمة من الادارة . ولما كانت نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس توقيت الظروف التي يتعرض له المتعاقد ، فان مجلس الدولة الفرنسى قد وضع مبدأ لمواجهة هذه الحالة الاستثنائية ، وكان ذلك فى حكمة الصادر فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ فى القضية المشهورة باسم^(١) «Cie des tramways de Cherbourg» والتي تتلخص ظروفها فيما يلى : نظرا لانتشار وسائل النقل السريعة ، فان سكان مدينة شربورج قد انصرفوا عن استعمال الترام . وبالرغم من موافقة الادارة على رفع أسعار الركوب ، فان دخل المشروع كان أبعد من أن يغطى تكاليفه ، بدون اعانة دائمة من الادارة ، ولم يكن ثمة أمل فى أن يعود الى توازنه الاقتصادى . فلما عرض الأمر على

(١) سبقت الإشارة إليها .

مجلس الدولة الفرنسي أكمل أحكام نظرية الظروف الطارئة ، بوضع الأحكام الكفيلة بمعالجة هذه الحالة ، وذلك على النحو التالي :

(أ) إذا ثبت استحالة زوال الظرف الطارئ ، فإن لكل من طرفي العقد الحق في أن يطلب من القاضي تسجيل تلك الحالة . وإذا تم ذلك تحررت الإدارة من التزامها بالتعويض^(١) .

(ب) على الطرفين في هذه الحالة ، محاولة التفاهم على إعادة النظر في شروط العقد بما يجعله قابلا للحياة ، كمحاولة الاسماضة عن وسائل النقل المتبقية ، بوسيلة حديثة ، تميد للمرفق توازنه الاقتصادي .

(ج) إذا عجز الطرفان عن الوصول الى مثل الحل السابق ، فلا مناص من الحكم بفسخ العقد ، وينطق القاضي بهذا الفسخ اما بناء على طلب الادارة أو بناء على طلب المتعاقد . وقد يصحب الفسخ حكم بالتعويض لمصلحة أحد الطرفين اذا تكشف موقف الطرف الآخر عن تمتع كان هو السبب في عدم الوصول الى اتفاق جديد . وسوف نرى أن مجلس الدولة الفرنسي يعتبر مثل هذه الحالة من قبيل القوة القاهرة التي تؤدي الى انتهاء العقد .

وفي هذه الخصوصية تختلف نظرية الظروف الطارئة في القانون العام عنها في القانون الخاص : ففي هذا القانون الأخير ، لا يستطيع القاضي أن يحكم بفسخ العقد كما رأينا . وإذا كانت المبادئ التي

(١) جاء في تقرير المفوض «Jesse» في هذه القضية قوله :

«Toute la théorie de l'imprévision est basée sur cette idée que la période extraccontractuelle est temporaire ? Si l'équilibre de la concession est définitivement compromis, il faut donc trouver autre chose».

وجاء بالحكم قول المجلس :

«Dans le cas où les conditions économiques nouvelles ont créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, le cédant ne saurait être tenu d'accuser aux frais des contribuables, et contrairement aux prévisions essentielles du contrat, le fonctionnement d'un service qui a cessé d'être viables».

(م - ٤٥ المقود الادارية)

قررها مجلس الدولة الفرنسى فى حكم ترام شربورج السابق ، ذات طابع عام ، وتصدق بالنسبة الى جميع العقود الادارية ، الا أنها فى الواقع من الأمر ، لم تطبق عملا الا بالنسبة الى عقود الامتياز لأنها وحدها التى يتراخى تنفيذها مددا طويلة تسمح بتطبيق المبادئ السابقة . هذا وقد تدخل المشرع الفرنسى ، وتبنى الأحكام التى وضع مجلس الدولة الفرنسى أساسها فى قضية ترام شربورج ، وضمنها بعض التشريعات التى أصدرها فى هذا الخصوص ، والتى لا داعى لشرحها فى هذا المؤلف العام ^(١) .

الفرع الرابع

احكام الاستناد الى نظرية الظروف الطارئة

ونختم دراسة نظرية الظروف الطارئة ، ببيان الأحكام التى تنظم كيفية الاستفادة من النظرية ، فنتناول على التوالى دراسة :

أولا - أوضاع التمسك بالنظرية .

ثانيا - الاتفاقات التى ترد بخصوص نظرية الظروف الطارئة .

١ - أوضاع التمسك بالنظرية

١ - من الذى له أن يتمسك بالنظرية ؟ لا صعوبة فى الاجابة على هذا التساؤل فى نطاق القانون الخاص ، فالمادة ١٤٧ المشار اليها ، تجعل حق التمسك بالنظرية للمدين فى كل عقد ، متى استوفيت شروط تطبيق النظرية وذلك دون تمييز بين المتعاقدين . وبالتالى فانه مما لا شك فيه أن للسلطات العامة الحق فى التمسك بالنظرية فى نطاق عقود القانون الخاص التى تبرمها الادارة . وفى هذا المعنى يقول الدكتور السنهورى فى وسيطه « . . فللحكومة أيضا أن تتمسك قبله (المتعاقدين الآخر) بهذه النظرية اذا كانت الصفقة التى عقدتها

(١) راجع شرحها فى مطول الأستاذ دى لوبادير فى العقود ، الجزء الثالث ص ١٣٣ وما بعدها .

تهدها بخسارة فادحة بالنسبة الى الصفقة ذاتها ، ولا يمتد بأن
الحكومة لا يرهقها أن تتحمل هذه الخسارة اذ هي شيء هين بالنسبة الى
ميزانيتها الضخمة^(١) » .

أما في نطاق القانون العام ، فان المسألة لم تثر عملا فيما يتعلق
بتمسك الادارة بنظرية الظروف الطارئة^(٢) . ولكن ليس هناك أى
مانع قانوني يحول بين الادارة وبين الاستناد الى هذه النظرية لیتحمل
المتعاقد معها جانبها من الخسائر المرهقة التي تترتب على الظرف
الطارئ^(٣) . ولا شك في أن التطبيقات العملية لهذا الفرض سوف
تتوالى في المستقبل نظرا الى انتشار المشروعات الاقتصادية المؤممة ،
والتي تعتبر من أشخاص القانون العام اذا أديرت في صورة هيئة
عامة ، وسوف تضطر الهيئات العامة الى التمسك بالنظرية في عقودها
مع الجهات الادارية الأخرى ومع الأفراد على السواء .

٢ - يتبين مما سبق أن التطبيقات القضائية لنظرية الظروف
الطارئة في المجال الادارى تقتصر حتى الآن على الطلبات الصادرة
من الأفراد . ولا صموية في الأمر اذا قدم الطلب من المتعاقد
الأصلى ، ولكن الأمر يحتاج الى شيء من التوضيح في حالة تغير هذا
المتعاقد في الحالات الآتية :

(١) حالة التنازل عن العقد بموافقة الادارة «cession autorisée»
ان موافقة الادارة على التنازل عن العقد ، يؤدي الى خلق علاقة قانونية
مباشرة بينها وبين المتنازل اليه ؛ وبالتالي فان المتنازل اليه يستطيع
أن يمارس حقوق المتعاقد الأصل في مواجهة الادارة ، ومن هذه
الحقوق المطالبة بتمويض عن الظروف الطارئة . ولكن من أى تاريخ
يستطيع المتنازل اليه أن يتمسك بالظروف الطارئة ؟ هل يستطيع أن
يطالب بالتمويض عن ظروف طارئة ترجع الى تاريخ يسبق حصول

(١) الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ٦٤٥ .
(٢ و ٣) دى لوبادير ، الجزء الثالث ، ص ٨٦ .

التنازل ؟ أم يتعين أن تطرأ الظروف عقب هذا التاريخ الأخير ؟ لقد تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص :

ففى حكمه الصادر فى ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ فى قضية «Sauvage»^(١) . أخذ المجلس بوجهة النظر الثانية - ولكنه عدل بعد ذلك عن هذا القضاء ، وخول المتنازل اليه الحق فى المطالبة بالتعويض عن جميع الظروف الطارئة التى يكون من حق المتعاقد الأصلي المطالبة بالتعويض عنها - ولا شك أن هذا الحل الأخير أسلم من الناحية القانونية ، مادام أن المتنازل اليه يعل محل المتعاقد الأصلي بموافقة الإدارة^(٢) .

(ب) حالة التنازل عن العقد بغير موافقة الإدارة : الأصل أنه لا يمكن التمسك بهذا التنازل فى مواجهة الإدارة كما رأينا . ومع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسى قد خول المتنازل اليه التمسك بنظرية الظروف الطارئة ، اذا قام بتنفيذ العقد ، وتحققت شروط النظرية ، ولكن مع ارجاع أساس التعويض الى المسئولية شبيهة التعاقدية (responsabilité quasi contractuelle)^(٣)

(ج) حالة موت المتعاقد وحلول الورثة محله فى تنفيذ العقد :

(١) المجموعة ، ص ٢٩٠ .
(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٨ يناير سنة ١٩٤٤ فى قضية «Cne de Wimille»
المجموعة من ٣٥ وفى ١٠ يوليو سنة ١٩٤٩ فى قضية «Ville d'Elbeuf» مجموعة
سبرى ، سنة ١٩٥٠ ، القسم الثالث ص ٦١ . وتجرى سيفة المجلس التقليدية على
النحو التالي :

«Le cessionnaire peut prétendre à une indemnité à compter du jour où il a personnellement entreprise l'exploitation s'il est établi que dès cette date l'économie du traité initial a été bouleversée par des circonstances qui n'avaient pu être prévues lors de sa conclusion».

(٣) حكم المجلس فى ٢٧ يونية سنة ١٩٣٠ فى قضية (Philippe) وفى ١٦ يناير سنة ١٩٣١ فى قضية (Bonniel) مجموعة سبرى سنة ١٩٣١ القسم الثالث .
ص ٥٧ مع تعليق مستر . ومنشور أيضا فى مجموعة دالوز سنة ١٩٣١ القسم
ص ٥ مع تعليق (Blasquet) .

ويعامل مجلس الدولة الفرنسى هذه الحالة معاملة التنازل عن العقد بموافقة الادارة والذى عرضنا لأحكامه فيما سبق^(١) .

٣ - ممن يقدم طلب التعويض وممن يطلب التعويض ؟ لا صعوبة فى الاجابة على هذا السؤال : ففيما يتعلق بشطره الأول ، فان طلب التعويض يقدم من المتعاقد الأصلي أو من يحل محله على التفصيل السابق . أما فيما يتعلق بالشطر الثانى ، فان التعويض يطلب من جهة الادارة المتعاقدة . وكل ما أثير فى هذا الخصوص ، هو مدى حق هذه الجهة فى الرجوع بالتعويض على الجهات الادارية الأخرى التى كانت السبب فى احداث الظرف الطارئ الذى نجم عنه الضرر . ولقد طرح هذا التساؤل على بساط البحث لأول مرة أمام مجلس الدولة الفرنسى فى قضية (Ville d'Elbeuf) والتى أشرنا اليها فيما سبق ، فقد كان مرجع الظرف الطارئ الذى عوض عنه مجلس الدولة الفرنسى صدور تشريعات تتعلق بتنظيم الأسمار مما ترتب عليه ارهاق المتعاقد مع بلدية البيف . فلما حكم على البلدية بالتعويض ، حاولت أن ترجع بالتعويض على الدولة (actions récursoire) ، فرفض المجلس دعوى التعويض المرفوعة من البلدية ، ذلك لأن مسؤولية الدولة عن التشريع لا يمكن أن تتحقق الا بتوافر شروط قاسية من المسير تحققها^(٢) .

٤ - متى يقدم طلب الاستفادة من النظرية ؟ يمكن للمتعاقد أن يطلب التعويض عن الظرف الطارئ من أول لحظة يتحقق فيها هذا الظرف وفقا للشروط التى أوردناها فيما سلف ، وذلك أثناء تنفيذ العقد ، أو حتى بعد تنفيذه . وهذا ما تؤكده محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ١٤ أبريل سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٣٦) فبعد أن حددت شروط الظرف الطارئ استطردت قائلة : « ... فاذا ما توافرت هذا الشروط يستوى أن يطالب المضرور بالتعويض خلال

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ فى قضية (Dupart) المجموعة ص ١-٨٥ .

(٢) راجع مؤلفنا « القضاء الادارى ورقابته لأعمال الادارة » المرجع السابق .

تنفيذ العقد أو بعد وفائه بالتزامه التعاقدى ... » ويتعين على المتعاقد الانتظار حتى تمام التنفيذ إذا كان من غير الممكن تقدير مدى الخسائر المترتبة على الظروف الطائفة قبل هذا الوقت . وفي هذه الصورة يتولى المتعاقد تقدير الخسائر النهائية التى لحقت من جراء التنفيذ مع قيام الظرف الطارئ ، ويطلب بها الإدارة ، ويبدأ التقادم من هذا الوقت^(١) . »

غير أننا نرى أنه لا مانع من المطالبة بتمويض مؤقت عن الظرف الطارئ لمعاونة المتعاقد على الاستمرار فى تنفيذ عقده إذا كان من شأن هذا الظرف أن يستمر مدة طويلة ، وليس فى وسع المتعاقد أن ينتظر حتى زواله ، فمثل هذا الحل لا يتنافى مع القواعد العامة فى تقدير التمويض ، فضلاً عن أنه يتفق والحكمة التى تقوم عليها النظرية وهى معاونة المتعاقد على التغلب على الظرف الطارئ ومواصلة التنفيذ تحقيقاً للمصالح العام ، وأعمالاً لمقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واستمرار .

غير أن مجلس الدولة الفرنسى يستلزم من ناحية أخرى أن يطالب المتعاقد بالتمويض عن الظروف الطارئة أمام محكمة الدرجة الأولى المختصة بحيث لا يستطيع المتعاقد ، الذى يهمل هذا الحق أمام تلك الجهة ، أن يطالب بالتمويض لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية^(٢) .

٢ - § الاتفاقات بخصوص الظروف الطارئة

قد تضمن الإدارة عقودها مع الأفراد شروطاً متنوعة بخصوص مواجهة الظروف التى تطرأ فى المستقبل ، وتؤدى الى ارهاق

(١) حكم المجلس الصادر فى ١١ يونية سنة ١٩٤٣ فى قضية (Sté. des grands travaux de Marseille) المجموعة ص ١٤٨ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ فى قضية (Ville de Belfort) المجموعة ص ٥٧ وفى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٠ فى قضية (Ville de Commercy) المجموعة ص ٩٦ .

المتعاقد • فما مدى شرعية هذه الشروط ؟ تختلف الاجابة عن هذا السؤال باختلاف الفروض على النحو التالى :

اولا : الشروط التى تؤدى الى استبعاد المسؤولية •

«Les clauses excluant l'indemnisation du contractant».

كان تشترط الادارة على المتعاقد معها مقدما النزول عن كل حق فى المطالبة بالتعويض عن الظروف التى تطرأ بعد التعاقد • فاذا قبل المتعاقد هذا الشرط ، فان قضاء مجلس الدولة الفرنسى يجرى فى الوقت الحاضر على عدم مشروعية هذا النزول^(١) •

وكان المجلس قد أخذ بوجهة النظر الأخرى فى بعض أحكامه القديمة^(٢) •

ولا شك أن مجلس الدولة الفرنسى فى قضائه الحديث قد عاد الى المسك السليم ، ذلك أن نظرية الظروف الطارئة لا تعنى مجرد حصول المتعاقد على تعويض مالى ، ولكنها تستهدف تمكينه من التغلب على الصعاب المتولدة عن الظرف الطارئ ومواصلته التنفيذ تحقيقا لخير الجماعة • وعلى هذا الأساس فانها تتصل بالنظام العام • وما يؤيد ذلك أن المادة ١٤٧ من القانون المدنى قد نصت صراحة على بطلان مثل هذه الاتفاقات بقولها : « ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » • فاذا كان هذا هو الشأن بالنسبة الى عقود القانون الخاص غير ذات الصلة بالمصلحة العامة ، فان الحكم يصدق من باب أولى بالنسبة الى العقود الادارية ذات الصلة الوثيقة بالمرافق العامة كما رأينا • وهذا هو المسلك الذى تمتنقه محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ١٤ أبريل سنة ١٩٦٠ (سبق) حيث تؤكد ، ان جهة الادارة « لا تملك أن تضع شرطا يحول بين المتعاقد وبين التمسك بالقوة القاهرة أو الظرف الطارئ اذا وقع أيهما وتكاملت

(١) حكمه الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٩٤٨ فى قضية (Hospices de Vienne) وقد سبقت الإشارة اليه •

(٢) حكمه الصادر فى ٢ فبراير سنة ١٩٢٣ فى قضية (Ville de Châteaudun)

شرايطه • ومناطق هذا الحكم يرد الى طبيعة العقود الادارية التي من شأنها أن ترتب لكل من المتعاقدين التمسك بأى من هذين الحدين ، فاذا كانت الادارة قد أخذت على المدعى التعهد بعدم الاحتجاج عليها بالقوة القاهرة أو الظرف الطارئ ، فإن هذا الاشتراط غير مشروع لا يعتمد به » •

ثانيا : الشروط التي تتوقع الظرف الطارئ وتحدد التعويض على أساس معين (Les clauses de variation ou révision des prix) .

هل يجوز للمتعاقد أن يلجأ الى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الظروف الطارئة على أساس غير المنصوص عليه فى العقد ؟! يجيب مجلس الدولة الفرنسى بالاجاب عن هذا التساؤل فى حالتين :

(أ) الحالة الأولى : اذا لم يمكن تطبيق الشروط المنصوص عليها فى العقد : وهذه الحالة طبيعية ، وترجع فى معظم الحالات الى التشريعات الاجتماعية التى تجمد الأسعار والأجور عند حد معين • وهذا هو المبدأ المستمد من حكم المجلس فى قضية (Ville d'Elbeuf) وقد سبقت الإشارة اليها •

(ب) والحالة الثانية : اذا لم تؤد الشروط المنصوص عليها دورها الطبيعى الذى يتفق ونية الطرفين^(١) •

«La clause, en fait, n'a pas joué dans des conditions normales conformément aux prévisions des parties».

وذلك اذا أثرت الظروف الجديدة فى عناصر أخرى فى العقد لم تكن محل اتفاق بين الطرفين مثلا •

(١) حكم المجلس الصادر فى ٣٠ مارس سنة ١٩٣٧ فى قضية (Sté. de distrib. POnest) المجموعة ص ٢٦٦ وفى ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ فى قضية (Dep. des côtes-du-Nord et Duces) مجموعة دالوز سنة ١٩٣٨ ، القسم الثالث ، ص ٤٦ وفى ١١ يونية سنة ١٩٤٧ فى قضية (Nadand) وفى ٥ فبراير سنة ١٩٥١ فى قضية (Sté. des grands travaux de Marseille) المجموعة ص ٦٨ •

وفى هاتين الحالتين ، لا يستطيع المتعاقد أن يجمع بين التمويل المتفق عليه في العقد ، والتمويل القضائي ، بل ينحصر حقه في الحصول على الأعلى من هذين التمويلين^(١) .

ثالثا : شرط الفسخ (clause de résiliation) اذا تضمن العقد - أو دفتر الشروط - نصا يخول للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد في حالة قيام الظروف الطارئة فان مثل هذا الشرط - وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي الحالي - لا يحول بين المتعاقد وبين المطالبة بالتمويل على أساس نظرية الظروف الطارئة^(٢) .

رابعا : الاتفاقات التي تتم بين الادارة وبين المتعاقد بعد نفاذ العقد : هذه الاتفاقات لا تؤثر على حق المتعاقد في المطالبة بالتمويل على أساس الظروف الطارئة ، اذا ثبت أنها لم تنجح في تلافي الاختلال في اقتصاديات العقد . فاذا قبل المتعاقد مثلا زيادة في الأسعار التي يتقاضاها من المتفعين ، وتبين بعد ذلك أن تلك الزيادة لم تنجح في مواجهة الظرف الطارئ ، فان ذلك لا يمنعه من الالتجاء الى القضاء الاداري للمطالبة بالتمويل^(٣) .

خامسا : الاتفاقات التي تعقد بين الادارة وبين المتعاقد بقصد تنظيم الظرف الطارئ : وهذه الاتفاقات مشروعة - بطبيعة

(١) حكم المجلس الصادر في ٢ فبراير سنة ١٩٢٦ في (Commune de Turvae) المجموعة ص ٥ حيث يقول :

«Le cocontractant a droit à la plus élevée des indemnités qu'il peut réclamer, soit au titre de l'imprévision soit par application des clauses de contrat».

(٢) ذهب مجلس الدولة الفرنسي أولا وفي حكمه الصادر في ١١ يوليو سنة ١٩٢٦ في قضية (Morelle) المجموعة ص ٥٦٣ الى أن هذا الشرط يتنافى مع المطالبة بالتمويل ، ولكنه عدل بعد ذلك عن هذا القضاء . راجع حكمه الصادر في ٣- أكتوبر سنة ١٩٢٥ في قضية (Mas Gayet) المجموعة ص ٨٣٦ وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٦ في قضية (Perperet) المجموعة ص ٤٢٤ وفي ٢٨ أغسطس سنة ١٩٤٢ في قضية (Etabl. Moisant) مجموعة صبرى سنة ١٩٤٥ ، القسم الثالث ، ص ١ مع تعليق مستر - وفي ٧ مايو سنة ١٩٤٨ في قضية (Royer) المجموعة ص ١٩٩ .

(٣) حكم المجلس الصادر في ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ في قضية (Cie générale pour l'éclairage) المجموعة ص ٩٠٦ ، وفي ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٧ ، في قضية (Potel) المجموعة ص ٦٤٧ .

الحال - فلقد سبق أن ذكرنا أن مجلس الدولة الفرنسى يجرى باستمرار على دعوة الطرفين المتنازعين الى حل النزاع بينهما بطريق ودى ، وأنه لا يحكم بالتعويض الا فى حالة عجز الطرفين عن الوصول الى ذلك الحل . فاذا ما نجح الطرفان فى الاتفاق على كيفية تمويض آثار الظروف الطارئة بعد تحققها ، فلا شك فى سلامة مثل هذا الاتفاق . ولا يقبل مجلس الدولة من أحد الطرفين المنازعة فيه . ويقتصر دوه على تطبيق شروط الاتفاق اذا حدث بشأنها نزاع^(١) .

المبحث الثالث

نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

«Théorie des sujétions imprévues»

وهى ثالث وآخر النظريات التى خلقها مجلس الدولة الفرنسى لتأمين المتعاقدين مع الادارة ضد المخاطر التى تعرض له فى تنفيذ التزاماته العقدية .

وتدرس هذه النظرية وفقا للترتيب الذى التزمناه فى دراسة نظرية الظروف الطارئة ، فنتناول على الترتيب : التعريف بالنظرية ، وشروط تطبيقها ، ثم ما يترتب عليها من نتائج .

الفرع الأول

التعريف بالنظرية واساسها

١ - هذه النظرية من خلق القضاء الادارى كشقيقتيها الأخريين ، ولكنها قديمة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، وترجع تطبيقاتها الى منتصف القرن التاسع عشر^(٢) . ويمكن اجمالها فيما يلى : اذا ما صادف المتعاقد فى تنفيذ التزاماته صعوبات «des difficultés

(١) حكمه الصادر فى ١٧ يناير سنة ١٩٥١ فى قضية (Hospices de Montpellier) المجموعة ص ٧٧٧ .

(٢) راجع فى هذا الخصوص مقال الأستاذ فالين ، بعنوان : «L'évolution récente des rapports de l'Etat avec ses contractants» منشور فى مجلة القانون العام ، سنة ١٩٥١ ، ص ٢٧ وما بعدها .

«d'un caractère absolument matérielles» استثنائية خالصة
«anormals» ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد ،
وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا ، فإن من حقه أن يطالب بتعويض
كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار .

٢ - وتطبيقات هذه النظرية الغالبة تتواجد في مجال عقود
الأشغال العامة . بل إن الفقيه دي لويادير ، يؤكد أنه لا توجد
تطبيقات قضائية لهذه النظرية في خارج نطاق عقود الأشغال
العامة^(١) . ولكنه سلم في ذات الوقت ، بأنه لا توجد أسباب قاطعة ،
تحول دون تطبيق النظرية - متى توافرت شروطها - في مجال
العقود الادارية الأخرى^(٢) .

وهذا هو الرأي الذي يقول به أيضا الفقيه جيز^(٣) ، والفقيه
بيكتينو^(٤) ، وإن كان قضاء مجلس الدولة الفرنسي لا يشجع على
التسليم به : ففي إحدى القضايا رفض أن يعوض على أساس نظرية
الصعوبات المادية غير المتوقعة ، وكانت ظروفها كما يلي : حدث زلزال
شديد حطم الأسلاك الممدودة تحت الماء ، والتي يعتمد عليها الملتزم
في استغلال المرفق العام . فلما طالب الملتزم بنفقات اصلاح هذه
الأسلاك على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، رفض
المجلس ، وإن كان قد سمح له بالاستناد الى نظرية الظروف
الطارئة^(٥) .

٣ - ويحدث أحيانا أن تتوقع شروط العقد الصعوبات المادية

(١) مطوله في العقود ، الجزء الثالث ، ص ١٠ حيث يقول :

«Ce n'est guère que dans le contentieux de ce marché que l'on en trouve des applications, et c'est dans ce cadre qu'on l'étudiera.»

(٢) مطول دي لويادير ، المشار اليه في الهامش السابق .

(٣) مطوله في العقود ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٨٠٥ .

(٤) بحثه السابق ، الملزمة رقم ٥٢٥ ، بند رقم ١٠٤ .

(٥) حكم المجلس الصادر في ٢١ أبريل سنة ١٩٤٤ في قضية (Cie française des

cables telegraphiques) المجموعة ص ١١٩ .

التي قد يصادفها المتعاقد ، وتنظم أسس التمويل عنها ، وإن كان ذلك نادر الحصول عملاً . ولكن مجلس الدولة الفرنسي يطبق النظرية حتى ولو خلا العقد من النص عليها . ولكن ما الحل لو نص العقد صراحة على استبعاد المسؤولية على أساس الصعوبات المادية غير المتوقعة ؟ لقد طرح هذا التساؤل على بساط البحث أمام مجلس الدولة الفرنسي ، بالنسبة الى الشروط التي ترد في بعض العقود الادارية ، والتي تحمل المتعاقد مخاطر التنفيذ ايا كانت طبيعة الأرض ، أو الصعوبات التي يصادفها عند التنفيذ^(١) . ويقرر مجلس الدولة الفرنسي تلك الشروط على أنها تعنى الصعوبات العادية «Les difficultés normales» أما بالنسبة الى الصعوبات غير العادية والاستثنائية «Les difficultés véritablement exceptionnelles» فان للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض عنها رغم تلك الشروط^(٢) .

غير أن وجود مثل هذه الشروط في عقد من العقود ، يجعل القاضي يتشدد في اعتبار صعوبات معينة من قبيل الصعوبات التي تخول الحق في التعويض على أساس هذه النظرية^(٣) .

٤ - ولكن ما هو الأساس القانوني لهذه النظرية ؟

(١) يقال عادة ان مرجع هذه النظرية الى « النية المشتركة للطرفين المتعاقدين » «La commune intention implicite des parties» على أساس أن السعر المتفق عليه في العقد إنما قصد به مواجهة التنفيذ في ظروف عادية . أما الصعوبات غير المتوقعة ، والتي لم تخطر ببال الطرفين ، فيفترض أنهما قصدا أن يقدر مقابلهما بطريقة خاصة .

(١) تجرى صيغة تلك الشروط على النحو التالي :

«Quelles que puissent être les difficultés rencontrées .

(٢) حكم المجلس الصادر في ٢٧ مارس سنة ١٩٠٣ في قضية (Commune de Jeumont)

المجموعة ص ٢٢٨ وفي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ في قضية «Etabl. Descours»

المجموعة ص ١١٠٠ وفي ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ في قضية (Gouv. gén. de l'Indochine)

المجموعة ص ٩٣٧ .

(٣) حكم المجلس الصادر في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٦ في قضية (Boré) المجموعة

ص ٢٩٧ وفي ٢٩ أبريل سنة ١٩٥٣ في قضية (Commune de Moissac) مجلة

القانون العام سنة ١٩٥٤ ص ١٩٧ .

ومن هذا الرأى الفقيه جيز ، الذى يقرر صراحة^(١) :

«La commune intention des parties lors de la passation du marché a été d'appliquer aux sujétions imprévues des prix spéciaux».

ويتبنى مجلس الدولة الفرنسى هذا الأساس فى بعض أحكامه^(٢) .
ولكن هذا التبرير تعسفى فى كثير من الحالات ، لا سيما اذا لاحظنا
أن مجلس الدولة الفرنسى يطبق النظرية رغم احتواء العقد على شرط
صريح باستبعادها .

(ب) وذهب الفقيه بيكينو الى رد هذه النظرية الى نظرية عمل
الأمير أو الى فكرة المسئولية التقصيرية للإدارة . ولكن هذا التبرير
لا يكفى لمواجهة جميع الفروض ، اذ كثيرا ما يكون مرجع الصعوبات
المادية الى غير عمل الإدارة .

(ج) ولهذا فان الرأى الراجح ، يعتبر هذه النظرية القضائية
وليدة اعتبارات العدالة ، والطبيعة الذاتية للمقود الادارية ، نظرا
للملاقة الوثيقة بين المقود الادارية وبين المرافق العامة ، تلك العلاقة
التي تجعل من التعاقد معاونا ومساعداد للإدارة فى تسيير تلك
المرافق . وهذا هو الرأى الذى رجحه كل من الفقيهين فالين^(٣) ،
ودى لوبادير^(٤) .

٥ - وبالرغم من حداثة القضاء الادارى فى مصر بصفة عامة ،
وحداثة اختصاصه فى مجال المقود الادارية من ناحية خاصة ، فقد
أتيح له أن يطبق هذه النظرية ، وأن يعرفها تعريفا مقصلا فى بعض

(١) مطوله فى المقود ، الجزء الثانى ، ص ٦٩١ .

(٢) فهو يقرر مثلا فى حكمه الصادر فى ٥ يوليو سنة ١٩٢٩ فى قضية «Yaher»
(المجموعة ص ٦٧٦) أن :

(Le dit prix ne devait dans la commune intention des parties s'appliquer qu'aux
natures de terrains en vue desquelles il avait été établi. Le sieur Y ... s'est trouvé
en présence d'une situation absolument différente de celle qui avait été envisagée lors
de l'adjudication).

(٣) مقاله السابق ، المنشور فى مجلة القانون العام سنة ١٩٥١ ، والمشار اليه
فيما سبق .

(٤) مطوله فى المقود ، الجزء الثالث ، ص ١٣ و ١٤ .

أحكامه ، لاسيما حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧^(١) حيث تقول :

« ومن حيث ان المدعى يؤسس طلب التعويض فى هذه الحالة على النظرية المعروفة بنظرية « الصعوبات غير المتوقعة » *« Les sujétions imprévues »* وهى من النظريات التى ابتكرها الفقه والقضاء الادارى ، ومقتضاها أنه عند تنفيذ العقود الادارية ، وبخاصة عقود الأشغال العامة ، قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل فى حساب طرفى العقد وتقديرهما عند التعاقد ، وتعمل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الادارة ، وأكثر كلفة ، فيجب - من باب العدالة - تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها فى العقد زيادة تغطى جميع الأعباء والتكاليف التى تحملها اعتبارا بأن الاسعار المتفق عليها فى العقد لا تسرى الا على الأعمال المادية المتوقعة فقط ، وأن هذه هى نية الطرفين المشتركة . والتعويض هنا لا يتمثل فى معونة مالية جزئية تمنحها جهة الادارة للمتعاقد معها ، بل يكون تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التى يتحملها المقاول بدفع مبلغ اضافى له على الأسعار المتفق عليها . وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها النتائج المترتبة عليها عن نظرية « الظروف الطارئة » *(Théorie de l'imprévision)* التى تطبق بسبب ظروف سياسية أو اجتماعية ينشأ عنها قلب اقتصاديا العقد أو اختلال توازنه المالى ، ويقتصر التعويض فيها على قدر محدود تساهم فيه جهة الادارة . كما تختلف أيضا عن حالة القوة القاهرة فى أنه يكفى فى حالة الصعوبات غير المتوقعة أن يصبح التنفيذ أشد عسرا وأكثر كلفة ، فى حين أنه فى حالة القوة القاهرة يجب أن يصبح التنفيذ مستحيلا . كما أنه يترتب على القوة القاهرة اما وقف التنفيذ أو فسخ العقد . أما فى حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة . فإنه يفترض على العكس

(١) القضية رقم ٧٨٩٢ لسنة ٨ قضائية ، المقاول السيد مراد طه العارف ضد وزارة الأشغال ، وقد نشر ملخص القضية فى مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ١١ ، ص ١٤٧ .

الاستمرار فى التنفيذ • بسبب هذا الوضع الخاص للنظرية يشترط لاستحقاق التعويض المترتب عليها توافر شروط خاصة يمكن اجمالها بصفة عامة فيما يلى :

- أولا : أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية أو استثنائية •
- ثانيا : أن تكون الصعوبات طارئة أى غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعة أو لم يكن فى الوسع توقعها عند التعاقد •
- ثالثا : أن يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها فى العقد وتزيد فى أعباء المتعاقد مع الادارة •

وفى هذه الحدود والضوابط يكون من حق المتعاقد مع الادارة الرجوع عليها بالتعويض • أما اذا تخلف شرط من هذه الشروط فان النظرية لا تطبق ، ولا يستحق المتعاقد مع الادارة أى تعويض •

« ومن حيث ان شرط الصعوبة غير العادية أو الاستثنائية يختلف تحققه باختلاف الحالات التى تعرض فى مجال التطبيق ، وهو فى مجال خصوصية المنازعة الحالية لا يتوافر لمجرد أن الطبقة التى صادفها المدعى (وهو يتولى تطهير ترعة) كانت ذات صلابة غير عادية ، بل يجب أن تكون هذه الطبقة امتددا غير عادى أيضا ، بأن تكون لمساحات واسعة أو بنسبة كبيرة من مجموع المنطقة محل العقد • وبهذا وحده يتحقق المراد من اعتبار الصعوبة غير عادية أو استثنائية ، لأنه يدل على طبيعة أصلية فى التربة ذاتها •

« ومن حيث ان مكعبات العقد المبرم مع المدعى جملتها ١٨٧٥٧٤ مترا مكعبا ، بينما بلغت الطبقة الصخرية ١٢٧٢ مترا مكعبا قام المدعى بتشغيل ١٢١٠ مترا مكعبا منها ، وهى كمية قليلة ، ونسبتها ضئيلة بالنسبة الى مكعبات العقد ، ومجموع كلياته ، اذ أنها عبارة عن متر مكعب واحد فى كل ١٥٥ مترا مكعبا بالتقريب • وبهذه النسبة لا يمكن اعتبارها صعوبة غير عادية فى التنفيذ بالمعنى المقصود من ذلك فى نظرية الصعوبات غير المتوقعة •

« ومن حيث انه فضلا عما تقدم فان الشرط الخاص بوجوب أن تكون الصعوبة طارئة أى متوقعة أو مما لا يمكن توقعة أو ليس فى الوسع توقعها ... هذا الشرط ينطوى الى حد كبير على معنى المفاجأة فى صورة معينة ، كان يجد المتعاقد مع الادارة نفسه ازاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها لانياء على دفتر الشروط ولا من دراسته الأولية للمشروع أو بالرغم مما نبه اليه أو ما اتخذه من حيلة لا تفوت على الشخص البصير بالأمور قبل الاقدام على المساهمة فى تسيير المرفق العام والتعاقد بشأنه - وظاهر من الأوراق أن المدعى ليس غريبا عن هذه العملية ، بل هو عليم بها ، بل بالمنطقة محل التعاقد بالذات ، كما أن فى شروط العقد ما يكفى لتنبيه الى أخذ الحيلة اللازمة لمواجهة الحال التى يتضرر منها ، بل ان فيها ما يشير صراحة الى أنه قد يواجه طبقة صخرية ... »

ومن حيث انه على مقتضى ما تقدم يكون قد تغلف فى شأن الواقعة محل النزاع الشروط الواجب توافرها لاستحقاق التعويض على أساس نظرية الصعوبات غير المتوقعة التى يستند اليها المدعى ، ومن ثم تكون طلباته فى هذا الخصوص على غير أساس ... »

ونجد خلافا فى التقدير - بهذا الصدد - بين محكمة القضاء الادارى والمحكمة الادارية العليا فى الحكم الصادر من هذه المحكمة الأخيرة فى ١٤ يونية سنة ١٩٦٩ (س ١٤ ، ص ٧٧٨) فقد تعاقد أحد المقاولين مع الادارة لحفر وردم خنادق ، ورمى بوابخ ، وبناء حجرات التفتيش الخاصة بمشروع منطقة ستترال العباسية - وعند التنفيذ تبين أن الأرض محل الحفر كانت من ضمن توسيع الشارع ، وأن تحت الأرض أساسات خرسانية وخزانات مجارى ومياه لم يسبق لها مثيل ، أدت الى تأخير التنفيذ - فلما وقعت عليه الادارة غرامات التأخير ، طالب باسقاط هذه الغرامات ، وبتعويضه عن الصعوبات المادية غير المتوقعة ، فأجابته محكمة القضاء الادارى الى طلبه استنادا الى النظرية التى ندرسها - ولكن المحكمة الادارية العليا ألغت حكم

حكم محكمة القضاء الادارى ، استنادا الى أن البند ١٣ من الشروط العامة يلزم المقاولين بأن يتحروا بأنفسهم عن طبيعة التزاماتهم ، وأنهم مسئولون عن كل الصعوبات التى تصادفهم منظورة أو غير منظورة . فالمحكمة تقر النظرية ، ولكنها لم تقر تطبيقها لتخلف شروطها .

ومن هذا العرض نرى أن مجلس الدولة المصرى يسلم بالنظرية ، وءوف نرى فيما بعد أن محكمة القضاء الادارى قد طبقتها فى حكمها الصادر فى ٥ مايو سنة ١٩٥٣ (س ٧ ، ص ١٠٤٧) .

الفرع الثانى

شروط تطبيق النظرية

لكى تطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، يجب أن يتوافر فى الصعوبات التى يصادفها المتعاقد أثناء التنفيذ شروط معينة ، أشارت إليها محكمة القضاء الادارى فى حكمها السابق ، ونتولى تفصيلها فيما يلى :

أولا : يجب أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية «l'ordre materiel»

وهذه الصعوبات المادية ، ترجع فى أغلب الحالات الى ظواهر طبيعية . ومن ثم فإن أكثر التطبيقات تتعلق بصعوبات مادية مرجعها الى طبيعة الأراضى التى تنفذ فيها الأشغال العامة ، كأن تتكشف الأرض عند التنفيذ عن طبيعة صخرية فى حين أن التنفيذ الطبيعى للمعدد يفترض طبيعة سهلة . ومما له دلالة فى هذا الخصوص أن معظم الأحكام التى صدرت من مجلس الدولة المصرى فى هذا المجال حتى الآن كانت الصعوبات المادية فيها من هذا القبيل : ففى حكمى محكمة القضاء الادارى الصادرين فى ٥ مايو سنة ١٩٥٣ ، وفى ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧ ، كان موضوع الأشغال العامة محل التعاقد ، تطهير ترعة ، وبدلا من أن يجد المتعاقد طمياً يمكن حفره بالفئوس العادية ، اذ به يصادف طبقات صخرية ، وأتربة متكتلة . تحتاج الى استعمال (٢ - ٤٦ المقود الادارية)

آلات قطع الأحجار . وقد طبقت المحكمة النظرية في حكمها الصادر في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦- (وقد سبقَت الإشارة إليه) وان لم تشر الى النظرية صراحة . وكانت الصعوبة في هذا الحكم أيضا ، أن المتعاقد على حفر إحدى الآبار الارتوازية قد صادف طبقة صخرية لا يجدى في ثقبها ما بين يدي المقاتل من أدوات ، وتحتاج الى آلات حديثة لا يمكنه الحصول عليها .

كما أن الصعوبات في حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ١٤ يونيو سنة ١٩٦٩ ترجع - كما رأينا - الى وجود أساسات خرسانية وخزانات مجارى ومياه تحت أرض الشارع لم يسبق لها مثيل .

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي النظرية في حالات كثيرة ، منها الطبيعة الصخرية للأراضي والتي أشرنا إليها في الأمثلة السابقة^(١) . ومنها أن يفاجأ المقاتل بوجود طبقات غزيرة من المياه تحتاج الى نفقات غير عادية في سحبها وتجفيف الأرض^(٢) ، أو أن تحدث انهيارات في الأتربة بكميات ضخمة تستلزم جهودا غير عادية في رفعها^(٣) . . . الخ .

ولكن الصعوبات المادية لا ترجع في جميع الحالات الى الظواهر الطبيعية ، فقد يكون مصدرها فعل بعض الناس من الغير ، كوجود قناة خاصة بجوار موقع العمل ، لم تظهر في المواصفات التي على

(١) حكمه في ٢٨ مارس سنة ١٨٩٠ في قضية (albony) المجموعة ص ٢٧٧ ، وفي ٢٧ مارس سنة ١٩٠٣ في قضية (Commune de Jeumont) المجموعة ص ٢٧٩ وفي ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٨ في قضية (Gouv. gén de l'Indochine) المجموعة ص ٩٣٧ وفي ٣٠ يونيو سنة ١٩٤٨ في قضية (Min. de la Guerre) ص ٣٥٩ .

(٢) حكمه في ٣ فبراير سنة ١٩٠٥ في قضية (Ville de Paris) المجموعة ص ١٠٥ وفي ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ في قضية (Min. de Trav. publ. C. Dray) المجموعة ص ٦٤٨ وفي ١٩ مايو سنة ١٩٤٣ في قضية (Caisse des dépôts) المجموعة ص ٢٢٧ .

(٣) (déblais de volume inattendu) حكمه الصادر في ١٦ مارس سنة ١٩٠٦ في قضية (Martin) المجموعة ص ٢٣٩ ، وفي أول أبريل سنة ١٩٣٦ في قضية (Bottle) المجموعة ص ٤٣٦ .

أساسها أعد المقعد^(١) ، أو أن يضطر المقاول الى اصلاح طريق ضرورة لتنفيذ الأشغال العامة^(٢) . . . الخ .

ثانيا - يجب أن تكون الصعوبات من غير عمل أحد الطرفين المتعاقدين : (étrangère au cocontractant) فالصعوبات المادية يفترض فيها ألا تكون من عمل الادارة . فاذا كان مرجعها الى فعل الادارة ، فان ذلك لا يعنى بطبيعة الحال عدم التزام الادارة بالتعويض ، وانما يستبعد في هذه الحالة تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، مع احتمال تطبيق مسئولية الادارة على أساس نظرية عمل الأمر .

ويجب أيضا ألا يكون للمتعاقدين يد فى أحداث تلك الصعوبات أو زيادة أثارها خطورة ، وأن يثبت أنه لم يكن فى ومعه توقي آثار تلك الصعوبات بما بين يديه من وسائل . ويجب أخير أن يثبت أن المتعاقدين لم يخرج على شروط المقعد أثناء قيامه بتنفيذ التزاماته^(٣) .

ثالثا : يجب أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد (imprevisible) ويقدر هذا الشرط هنا بذات الأوضاع التى يقدر بها فى نظرية الظروف الطارئة ، على النحو الذى عرضنا له عند دراسة هذه النظرية . فعلى المتعاقدين بطبيعة الحال ، قبل أن يقبل المقعد ، أن يدرس طبيعة الأرض وأن يبذل الجهد المعقول ، والمطلوب من كل متعاقد حريص أن يبذله ، للاحاطة بكافة الصعوبات المادية التى من شأنها أن تصادفه عند التنفيذ . ولقد أشارت المادة ٧٨ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة (والمقابلة للمادة ٧٩ من اللائحة الملغاة) الى هذا

(١) (Canalisation non signalé au plan) حكم المجلس فى ٢١ يوليو سنة ١٩٢٧ فى قضية (Ville de Carcasson) المجموعة ص ٧٥٤ .
(٢) (refection d'une voie utilisée par l'entrepreneur) حكم المجلس الصادر فى ٥ فبراير سنة ١٩٣١ فى قضية (Ancône) المجموعة ص ١٣٧ .
(٣) حكم المجلس فى ٢٠ مارس سنة ١٩١١ فى قضية «Lazio» المجموعة ص ٢٨١ وفى ١٩ يوليو سنة ١٩٢٣ فى قضية «Ville de Paris» وفى قضية (Yaher) المجموعة ص ٨١٤ .

الالتزام بقولها : « يلتزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وكل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة ، وعليه اخطار جهة الادارة فى الوقت المناسب بملاحظاتة عليها . ويكون مسئولا عن جميع هذه الرسومات والتصميمات كما لو كانت مقدمة منه » . والى هذا الاعتبار استندت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٤ يونية سنة ١٩٦٩ لكى تلغى حكم محكمة القضاء الادارى ، لأنه كان على المقاول أن يتحرى بنفسه عن تلك الصعوبات وكان فى وسعه أن يتوصل اليها .

فاذا كانت الصعوبات من نوع لا يمكن توقعه عند التعاقد وفقا للظروف التى أبرم فيها العقد فحينئذ يمكن طلب التعويض عنها ، وكثيرا ما يشير مجلس الدولة الفرنسى صراحة الى هذا الشرط فى أحكامه التى يصدرها فى هذا الصدد رغم اختزال تلك الأحكام . ومن ذلك على سبيل المثال قوله فى حكمه الصادر فى ٣ فبراير سنة ١٩٠٥ فى قضية (Ville de Paris) وقد سبقت الإشارة اليها :

«Le Sieur M ... est fondé à réclamer une indemnité pour l'aggravation qu'il a subie des sujétions tenant à la présence des eaux telles qu'elles n'avaient pu entrer dans la comune prévision des parties lors de la passation du marché».

واذا كان المتعاقد ملزما بتحرى طبيعة الصعوبات التى قد تصادفه عند التنفيذ ، فان مجلس الدولة الفرنسى يضع فى الاعتبار مدى معاونة الادارة للمتعاقد فى هذا المصوح ، ذلك أن اعمال مبدأ حسن النية فى التعاقد يقتضى أن تضع الادارة تحت تصرف المتعاقد كافة ما لديها من معلومات من شأنها أن تعاونه فى الوصول الى تلك الغاية . فاذا ثبت تقصير الادارة فى ذلك ، فان المجلس يمنح التعويض^(١) .

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٩ يونية سنة ١٩٥١ فى قضية (Sec. d'Etat à la Defense G. Debernardy) المجموعة ص ٣٨٥ ، ويقرر المجلس فى هذا الصدد : «La génie n'a pas fait l'effort de prévision et de rédaction qui s'imposait pour donner loyalement à l'entrepreneur le moyen d'analyser à l'avance les répercussions sur son prix des difficultés qu'il pouvait rencontrer».

أما إذا قصر المتعاقد ، وكان في وسعه تبين الصعوبات المادية وقت التعاقد، فإن مجلس الدولة الفرنسي يرفض التمييز^(١) . وقد أبرزت محكمة القضاء الإداري المصرية هذا الشرط في نهاية الفقرة التي اقتطفناها من حكمها الصادر في ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧ حيث تقول : « ومن حيث أنه فضلا عما تقدم فإن الشرط الخاص بوجود أن تكون الصعوبات طارئة أى غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو ليس في البوسع توقعها . هذا الشرط ينطوى الى حد كبير على معنى المفاجأة في صورة معينة ، كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه ازاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها ، لا بناء على دفتر الشروط ، ولا من دراسته الأولية للشروع أو بالرغم مما نبه اليه أو ما اتخذته من حيطه لا تفوت على الشخص البصير بالأمور قبل الاقدام على المساهمة في تسيير المرفق العام التعاقد بشأنه . » .

وفي تلك القضية استند المجلس الى هذا الشرط ، للحكم برفض التمييز استنادا الى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة . وهو ذات المعنى الذى أبرزته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ١٤ يونية سنة ١٩٦٩ وقد سبقت الإشارة اليه أكثر من مرة .

رابعاً : يجب أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي بعث :

(d'un caractère absolument anormal) ذلك أن الصعوبات المادية

ليست مطلق عقبات يصادفها المتعاقد عند التنفيذ ، ولكنها عقبات من نوع غير مألوف ، ولا يمكن أن تنتمى الى المخاطر العادية التي يتعرض لها المتعاقد عند التنفيذ عادة . وواضح أن هذا الشرط ينتهى بنا الى موقف ذاتي ، اذ يترك للقاضي أن يقدر في كل حالة على

(١) حكمه في ٩ يوليو سنة ١٩٢٩ في قضية (Le clainche) المجموعة ص ٧٠٦ وفى ١٩ يونية سنة ١٩٣٥ في قضية (Lefebvre) المجموعة ص ٦١٦ وفى ٢٢ مارس سنة ١٩٤٤ في قضية (Société Montecroci) المجموعة ص ١٠٥ .

حدة ، ما اذا كانت الصعوبات غير المتوقعة ، التى صادفها المتعاقد ، مما يمكن اعتباره من قبيل المخاطر العادية أو الاستثنائية . ويجرى مجلس الدولة الفرنسى على التشدد فى تقدير هذا الشرط ، كلما احتوى العقد على نصوص تحمل المتعاقد كافة المخاطر عند التنفيذ^(١) .

خامسا : ويضيف مجلس الدولة الفرنسى شرطا خامسا بالنسبة الى العقود الجزافية (Le_s marchés à forfait) وهى التى تتضمن تحديدا لكمية الأعمال المطلوبة ، تحديدا اجماليا لما تلتزم الادارة بدفعه من ثمن يقابلها^(٢) . فهذا الطابع الجزافى فى تحديد الثمن ، لا يحول - وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى - دون تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة . او كما يقول فى حكمه الصادر فى ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٨ فى قضية (Léauté) ^(٣) .

«Le caractère forfaitaire du marché ne fait pas obstacle à ce que l'entrepreneur puisse obtenir une indemnité pour les difficultés exceptionnelles et imprévisibles par lui rencontrées dans l'exécution des travaux».

ولكن المجلس يضيف الى الشروط الأربعة التى عرضنا لها فيما سبق شرطا خامسا بمقتضاه يتعين أن يكون من شأن تلك الصعوبات الاخلال باقتصاديات العقد^(٤) (bouversement de l'economie du contrat)

ويقدر هذا الاخلال باقتصاديات العقد بالنظر الى المبالغ الاضافية التى أنفقت نتيجة لمواجهة الصعوبات المادية ، منسوبة الى القيمة

(١) حكم المجلس فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٧ فى قضية (Dedeyn) المجموعة ص ٨٢٣ وفى ١١ مايو سنة ١٩٤٢ فى قضية «Sainrapt» المجموعة ص ١٩٩ وفى ١٩ مايو سنة ١٩٤٣ فى قضية (Dumes) المجموعة ص ١٢٦ وفى ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ فى قضية «Commune de Meissas C.»

(٢) «Les clauses du contrat déterminent à la fois la quantité des travaux à exécuter et la somme globale que l'administration devra payer à l'entrepreneur».

(٣) المجموعة ص ٨٣٠ .

(٤) حكمه الصادر فى ٦ مايو سنة ١٩٣٦ فى قضية (Min. Guerre C. Regnier) المجموعة ص ٥٠٨ وفى ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٨ فى قضية (Léauté) المجموعة ص ٨٣٠ وفى ٣٠ يوليو سنة ١٩٤٨ فى قضية (Min. Guerre C. Société) المجموعة ص ٣٥٩ .

الاجمالية للمقد^(١) : وفي هذه الخصوصية ، تلتقى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، مع نظرية الظروف الطارئة .

الفرع الثالث

ما يترتب على النظرية من نتائج

يترتب على قيام الصعوبات المادية غير المتوقعة ، بتحديد ما السابق ، ذات الآثار التي تترتب على عمل الأمير ، ونعني بها :

أولا : بقاء التزامات المتعاقد رغم الصعوبات غير المتوقعة . ذلك أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة - شأنها شأن عمل الأمير والظروف الطارئة - لا تؤدي الى تحلل المتعاقد من التزاماته الا اذا أدت الى استحالة التنفيذ ، وحينئذ نصبح أمام فكرة القوة القاهرة .

ولكن اعتراض الصعوبات المادية للتنفيذ ، قد يؤدي الى اعفاء المتعاقد من غرامات التأخر اذا تعدى الحدود الزمنية المقررة لانتهاء من تنفيذ الأشغال موضوع العقد^(٢) .

ويترتب على هذا الشرط ، ضرورة استمرار المتعاقد في التنفيذ رغم مصادفة الصعوبات المادية غير المتوقعة - فاذا توقف ، فإنه يتعرض لمختلف الجزاءات التي أشرنا إليها فيما سلف ، مع احتمال فقده لحق المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

ثانيا : حق المتعاقد في الحصول على تعويض يقابل ما تحمله من نفقات لمواجهة تلك الصعوبات . ويقدر هذا التعويض على أساس المبدأين التاليين :

(١) حكم المجلس الصادر في ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ في قضية المجموعة من Société T.H.E.G. ٢٢٤ .
(٢) حكم المجلس الصادر في ٩ يوليو سنة ١٩٠٥ في قضية (Commune de Dring) المجموعة ص ٥٤٥ .

(١) مبدأ التعويض الكامل «L'indemnisation integrale» بمعنى أنه يتمين على الادارة - متى توافرت شروط النظرية - أن ترد الى المتماقد كافة النفقات الاضافية التى تحملها لمواجهة الصعوبات التى اعترضت التنفيذ العادى للعقد . وفى هذه الخصيصة تشارك نظرية الصعوبات المادية ، نظرية عمل الأمير ، وتختلف عما أوردناه فى خصوص نظرية الظروف الطارئة .

وفى القضية الوحيدة التى طبقت فيها محكمة القضاء الادارى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، وانتهت فيها الى حل ايجابى ، لم تطبق هذا الشرط ، ونمضى بذلك حكمها الصادر فى ٥ مايو سنة ١٩٥٣ . فقد جاء فى هذا الحكم قولها « ومن حيث أنه عن الأمر الثانى الخاص بالصعوبة التى تبنت للمدعى عند البدء فى تنفيذ العملية بسبب الأتربة المتكتلة ، فان الثابت من الاطلاع على الملف الادارى للمقاولة أن المدعى شكاه من هذا الأمر مرارا وقد عنى وكيل الوزارة بشكواه ففحصها ، وبعد أن انتقل كبير مهندسى المديرية ، فماين وحصر فرق التكاليف ، رفع الوكيل تقريراً الى الوزير . . . ذكر فيه أن الصعوبة التى صادفت المقاول فى العمل أثناء حفره للأجزاء المتكتلة لم تكن متوقعة ، ولم يكن فى وسع المدعى ولا الحكومة توقعها ، وعلى الأخص بهذه النسبة الكبيرة التى تقارب ٢٥٪ من مجموع العملية ، فقد بلغ مقدار الأجزاء المتكتلة ٢١٧٤٥٠ متراً مكعباً من مجموع العملية الكلى ، ويبلغ حوالى تسعمائة ألف متر مكعب ، ومن لا يجوز التحلى بما ورد فى المادتين ٥٢ و ٦٢ من عقد المقاولة ، وتحميل المدعى بجميع النفقات التى تكبدها بسبب ذلك ، إذ أن هاتين المادتين لا تواجه نصوصها مثل هذه الحالة ، وإنما هى تواجه ما يوجد عادة فى عمل المتاريس وأعمال التطهير والتوسع من حصى أو أحجار متخلقة عن البرايخ ومباني الفتحات ومباني السواقي وآلات الرى الأخرى التى توجد عادة بالمساقى والمراوى والمصارف . . . » .

ويتضح من استعراض الفقرة السابقة أن الحكم يعنى بما لا يدع مجالاً للشك نظرية الصعوبات المادية السابقة . ولكنه حين جاء الى مبدأ التعويض طبق عليه الأحكام الخاصة بنظرية الظروف الطارئة ، كما يتبين من باقى سياق الحكم حيث يقول : « ومن حيث أن العدالة تقضى بأن تشاطر الحكومة المدعى فى تحمل نصف قيمة زيادة التكاليف الناشئة عن تكتل الأتربة على الأخص بعد أن ذهبت المحكمة الى تحميله بما زاد من أجور العمال إذ اعتبرته من الأمور المتوقعة (١) » .

« ومن حيث أن الثابت من تقرير وكيل الوزارة سالف الذكر ، والذي تأخذ به المحكمة فى هذا الشأن ، وتأخذ بالأسباب الواردة به ، أن الزيادة والتكاليف بسبب تكتل الأتربة تقدر بمبلغ ٢٢٨٠ جنيها يتحمل المدعى نصفها وتتحمل الحكومة النصف الآخر وقدره ١١٤٠ جنيها وهو ما يتمين الحكم بالزام الحكومة به » . وواضح أن المحكمة قد خلطت فى هذه الخصوصية بين نظريتى الظروف الطارئة ، والصعوبات المادية غير المتوقعة . ولهذا حرصت المحكمة على التمييز

(١) كان المدعى فى هذه القضية قد طالب بتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة استناداً الى صدور قرار يقضى برفع أجور العمال ، فردت المحكمة على دموه قائلة « ومن حيث أن نظرية الحوادث الطارئة تفترض أن الظروف الاقتصادية التى كان يقوم عليها توازن المقد وقت تكوينه قد تغيرت تغيراً كبيراً عند تنفيذها لم يكن فى الحسبان فيختل التوازن الاقتصادى للمقد اختلالاً خطيراً بحيث يصيح تنفيذ المدين للمقد يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف فى خسائر التجار » . ويبين من ذلك أنه يشترط لتطبيق هذه النظرية أن تجد بعد صدور المقد حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع ... » .

وبتطبيق هذا المبدأ فى خصوصية الدعوى قالت : « ومن حيث أن ... المدعى يرد الزيادة فى أجور العمال الى صدور الأمر المسمى الصادر فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٢ بفرض اعانة غلاء معيشة للعمال مع أن عقد النقابة قد تم توقيعه فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤٢ أثناء قيام الحرب العالمية الثانية وبعد نشوبها بأكثر من ثلاثة سنين ، وكانت الأجور متجهة نحو الارتفاع باستمرار . وأنه لما يقدره الشخص العادى أن الحرب يصحبها دائماً غلاء فى الأسعار وصعود فى الأجور - فإذا ما تقرر وضع حد أدنى لأجور العمال بمبلغ ٧٥ مليماً يومياً بعد أن كان ٦٠ مليماً ، على فرض الأخذ بسمير العامل فى الأعمال الإضافية التى أشير إليها فى شروط المناقصة ، فإن هذه الزيادة لا تخرج عن حد المعقول ، وتتدخل ضمن حسن تقدير المفاوض المربص الذى يزن الأمور ويقدر نتائجها ... ومن حيث أنه والحال على ما تقدم ، فإن المحكمة لا ترى محلاً للأخذ بنظرية الحوادث الطارئة ... » .

مجموعة أحكام المحكمة ، السنة السابعة ، ص ١٠٤٧ .

بين النظريتين في حكمها الصادر في ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧ (والذي سبقته الاشارة اليه) اذ تقول : « والتعويض هنا (في تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة) لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الادارة للمتعاقد معها ، بل يكون تعويضا عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول ، بدفع مبلغ اضافي له على الأسعار المتفق عليها وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها والنتائج المترتبة عليها عن نظرية الظروف الطارئة » .

وهكذا عادت المحكمة - على الأقل نظريا - الى التزام الشروط السليمة للنظرية .

الا أن المحكمة الادارية العليا قد عادت الى التشكيك مرة أخرى في مبدأ التعويض الكامل ، وذلك في حكمها الصادر في ١٤ يونيو سنة ١٩٦٩ (سبق) فبعد أن عرضت كل من معكمتي القضاء الادارى والادارية العليا لأحكام نظرية « الصعوبات المادية غير المتوقعة » بل واعملتها محكمة القضاء الادارى - كما ذكرنا فيما سلف - الفتح المحكمة الادارية العليا حكم محكمة القضاء الادارى ، وجاء على لسانها قولها : ان الصعوبات التي استندت اليها محكمة القضاء الادارى للحكم بالتعويض الكامل « لا ترقى الى مستوى الحوادث الطارئة الموجبة لاثزام الادارة بتحمل نصيب من الخسارة الفادحة ، التي تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما ، وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الادارى ، واستدامة سير المرفق العام الذي تخدمه » .

فهذا الوصف يصدق تماما على نظرية الظروف الطارئة ، ولكنه بعيد تماما عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، التي لا يشترط فيها خسارة من نوع ما أشارت اليه المحكمة الادارية العليا ، ويترتب عليها التعويض الكامل ، وسوف نزيد هذا الموضوع ايضا عند المقارنة بين النظريات الثلاث .

على أن مبدأ التعويض الكامل ، لا يحول دون أن يتحمل المتعاقد قيمة ما تسبب فيه بخطئه من زيادة في الآثار الضارة للصعوبات

المادة غير المتوقعة - وهذا مجرد تطبيق للقواعد العامة في التعويض^(١) .

(ب) وفي حساب التعويض الكامل يلجأ مجلس الدولة الفرنسى عادة الى السعر المتفق عليه في العقد ، ليقدر التعويض على هده^(٢) .

على أن المجلس يقدر التعويض تقديرا مستقلا ، وعلى أساس الأسعار الجديدة ، اذا ثبت أنه عند مصادفة الصوبات المادية كانت الظروف التي أبرم العقد في ظلها قد تغيرت ، أو اذا أدت الصوبات المادية الطارئة الى تغيير كامل في الأساس التي روعيت عند تحديد الأسعار في العقد^(٣) .

وهذا أيضا مجرد تطبيق للقواعد العامة .

المبحث الرابع

مقارنة عامة بين النظريات الثلاث

رأينا عند دراسة نظريات عمل الأمير ، والظروف الطارئة ، والصوبات المادية ، أن بين هذه النظريات الثلاث تشابها كبيرا ، قد ينتهى بالقارئ الى الخلط بينها - ومن ثم فأننا نرى من كمال الفائدة ، ألا ننهى هذا الباب ، قبل أن نمقد مقارنة بين تلك النظريات الثلاث لتحديد أوجه الشبه وأوجه الخلاف بينها ، بما يبرز خصائص كل نظرية منها .

ومن ثم فأننا نعرض أولا لأوجه الشبه بينها ، ثم نبرز أوجه الخلاف بين النظريات الثلاث .

(١) حكم المجلس الصادر في ٢٩ يونية سنة ١٩٥١ فى قضية Sec. d'Etat C.

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ فى قضية (Gouvern. gen. Indochine) المجموعة من ٩٣٧ . وفى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ فى قضية (Min. T.P. C. Drury) المجموعة من ٩٤٨ .

(٣) حكم المجلس فى ٢١ يوليو سنة ١٩٣٧ فى قضية (Ville de Carcassonne) المجموعة من ٧٥٤ .

الفرع الأول

أوجه الشبه

لا شك أن بين النظريات الثلاث أكثر من شبه • والملاحظ في هذا الصدد أو الصلات بينها تزداد في الوقت الحاضر نظرا لتطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي لمواجهة الاقتصاد الموجه الذي تسير عليه معظم الدول الحديثة والذي أدى الى تغيير الأفكار التقليدية التي قامت عليها كل من تلك النظريات • ويمكن رد أوجه الشبه بينها الى الأفكار الآتية :

أولا : نشأت كل من النظريات الثلاث نشأة قضائية • ولما كانت المبادئ التي يخلقها القضاء تمتاز بالمرونة ، فان أحكام كل من النظريات الثلاث تتطور باستمرار كما رأينا • وإذا كانت نظرية الظروف الطارئة قد نظمت تشريعا في مصر في نطاق القانون الخاص ، فان مجلس الدولة المصري ليس ملزما بأن يتقيد بنص المادة ١٤٧ من القانون المدني ، الا بالقدر الذي يراه متفقا مع مقتضيات القانون الإداري •

ثانيا : تقوم كل من النظريات الثلاث على أساس مسئولية الإدارة بلا خطأ ، وبالتالي فان تسليم القضاء الإداري بتطبيق نظرية من النظريات الثلاث ، يفترض في ذات الوقت أن التصرف الضار ، الذي يشكو منه المتعاقد ، لا يتضمن أى خطأ من جانب الإدارة • فإذا أخطأت الإدارة ، فلا يمكن إثارة مسئوليتها على أساس واحدة من النظريات السابقة ، بل تسأل في نطاق المسئولية التعاقدية العادية •

ثالثا : تشترك النظريات الثلاث في أن الأمر الذي تتحقق به المسئولية في نطاق كل منها يجب أن يكون غير متوقع • فإذا ما كان سبب الضرر متوقما بأن نص عليه العقد مثلا ، وواجهته شروطه ، فان مسئولية الإدارة في هذه الحالة لا يمكن أن تثار الا على أساس الخطأ أو التقصير في تنفيذ الالتزامات العقدية •

رابعاً : مجال كل من النظريات الثلاث يشمل جميع العقود الادارية ، بمعنى أنه يجوز - كما رأينا - لكل متعاقد أن يستند الى أى من النظريات السابقة اذا استوفى شروط تطبيقها ، مع ملاحظة ما سبق ذكره من أن معظم التطبيقات العملية لنظرية الصعوبات المادية توجد في نطاق عقود الأشغال العامة .

خامساً : وأخيراً فان النظريات الثلاث تقوم على حكمة واحدة ، وهي مراعاة مدى صلة المتعاقد بالمرافق العامة ، ومعاملته على أساس أنه يعاون الادارة في أداء وظيفتها . كما أن مجلس الدولة الفرنسى حين خلق هذه النظريات انما وضع نصب عينيه ما تتمتع به الادارة من سلطات خطيرة في مواجهة المتعاقد معها ، وبالتالي فقد أراد أن يوازن تلك السلطات بحقوق مقابلة للمتعاقد ، حتى يشجع الأفراد على التعاقد مع الادارة ، ويمكن الادارة في ذات الوقت من أن تتمتع بقدر من الحرية يمكنها من أن تحقق الصالح العام في ظروف أفضل من تلك التي كانت تتعرض لها لو التزم المجلس قواعد القانون الخاص في مجال العقود الادارية .

الفرع الثانى

أوجه الخلاف

على أن الذى يعنينا هو ابراز خصائص كل نظرية حتى يمكن أن تنفرد بذاتية تميزها عن شبيهتها . واذا نحن تركنا التفاصيل جانباً ، وجدنا أنه يمكن التمييز بين النظريات الثلاث من النواحي الآتية :

أولاً - من حيث الفعل الذى تتحقق به المسؤولية .

ثانياً - من حيث شروط التطبيق .

ثالثاً - من حيث الآثار التى تنترتب على كل نظرية .

١ - § من حيث الفعل الذى تتحقق به المسئولية

١ - جرى الفقه الكلاسيكى فى أول الأمر كما ذكرنا على اقامة حواجز فاصلة بين مصدر كل من النظريات الثلاث ، فأرجع نظرية عمل الأمير الى المخاطر الادارية (aléa administratif) ونظرية الظروف الطارئة الى فكرة المخاطر الاقتصادية والتي ليست من عمل الادارة (aléa économique) ونظرية الصعوبات المادية الى الظواهر الطبيعية (aléa naturel) . ولم يبق محتفظا بقيمته من هذا التقسيم الثلاثى الا النظرية الأخيرة ، حيث لا يمكن تطبيق تلك النظرية ، اذا كان مرجع الصعوبات المادية الى فعل الادارة كما رأينا عند دراسة شروط تطبيقها .

ولكن التقسيمين الأول والثانى قد تداخلا على النحو التالى :

٢ - لا شك أن نظرية عمل الأمير تفترض صدور اجراء - عام أو خاص أو حتى فعل مادى - من جانب الادارة المتعاقدة . وبالتالي لا يمكن وفقا لقضاء مجلس الدولة الحديث ، أن تثار نظرية عمل الأمير اذا ما كان مرجع الاجراء الضار الى غير جهة الادارة اطلاقا (aléa non administratif) وهى الصورة التقليدية ، أو كان مرجعه الى جهة ادارية غير جهة الادارة المتعاقدة .

ولا شك أيضا أن نظرية الظروف الطارئة تطبق اذا طرأت حوادث استثنائية عامة - كالحروب أو الفيضانات أو الوباء ... الخ - تؤدى الى قلب اقتصاديات العقد رأيا على عقب بما يترتب عليه ارهاق المتعاقد على النحو الذى فصلناه .

ولكن النظرية تطبق أيضا اذا كان مرجع الظرف الطارئ الى عمل الادارة ، ذلك أنه لا يمكن فى الوقت الحاضر التمييز بين المخاطر الاقتصادية والمخاطر الادارية بدقة نظراً لتدخل الادارة فى مجال الانتاج بكثرة ، ولتنظيمها الظروف الاقتصادية الى حد كبير . ومن

ثم فان الحدود الفاصلة التي نادى بها الفقيه جيز في هذا الخصوص قد غدت غير ذات موضوع^(١) .

ومن ثم فقد أعلن مجلس الدولة الفرنسى - كما ذكرنا - مبدأ تطبيق نظرية الظروف الطارئة بالنسبة الى الأعمال التي تصدر من الادارة وتؤدي الى ارهاق المتعاقد . وقد تقرر هذا المبدأ فى أحكام كثيرة ، أشهرها حكمه الصادر فى ٤ مايو سنة ١٩٤٩ فى قضية «Ville de Toulon» وفى ١٥ يوليو من ذات العام فى قضية «Ville d'Elbeuf» وقد سبقت الاشارة اليهما والى أحكام أخرى مماثلة .

ولكن هل يشترط فى الظرف الذى تتسبب الادارة فى احداثه أن يكون من عمل جهة ادارية غير جهة الادارة المتعاقدة ؟! ذلك ما يظنه البعض وما توحى به بعض العبارات الواردة فى حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية «Ville d'Elbeuf» ولكن الحقيقة أن مجلس الدولة الفرنسى يطبق نظرية الظروف الطارئة سواء أكان مرجع الظرف الطارئ الى عمل جهة الادارة المتعاقدة أو غيرها .

ومن ثم يكون اشتراط نسبة العمل الضار الى جهة الادارة المتعاقدة هو شرط لتطبيق نظرية عمل الأمير . أما فى نطاق نظرية الظروف الطارئة فان مجال الظريتين واحد ، والخلاف يكون بالنسبة الى باقى الشروط^(٢) .

٣ - وهكذا تمتاز نظرية عمل الأمير بأن العمل الضار يجب أن يكون منسوباً الى جهة الادارة المتعاقدة . وتمتاز نظرية الصعوبات المادية ، بأنها لا يمكن أن ترجع الى عمل الادارة (أو المتعاقد معها) بل هى باستمرار خارجة عن ارادة المتعاقدين ، أما نظرية الظروف الطارئة فتشارك النظريتين الآخرين فى مصدرهما : فقد يكون

(١) مؤلفه فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٤٩٧ . ولقد أخذ مجلس الدولة الفرنسى فى وقت من الاوقات بالمعيار القديم الذى يقول به الفقه جيز فى حكمه الصادر فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٤ فى قضية (Tanti) منشور فى مجلة القانون العام سنة ١٩٢٥ ص ٧٦ مع تعليق الفقيه جيز .

(٢) وهذا فيما يتعلق بالأعمال المنسوبة الى الادارة ، أما فى خارج ذلك النطاق فان نظرية عمل الأمير لا تثار بطبيعة الحال .

مصدر الظرف الطارئ فعل جهة الادارة المتعاقدة وقد يكون مستقلا عن عمل الادارة اطلاقا . وهكذا يوجد مجال مشترك بين هذه النظرية ، وبين كل من النظريتين الأخريين ، وبالتالي يكون مجال تطبيقها أوسع من مجالهما .

٢ - § من حيث شروط التطبيق

يكفى للاستفادة من أحكام نظريتي عمل الأمير والصعوبات المادية أن ينال المتعاقد أى ضرر ، فلا يشترط في الضرر الذى يبرر تطبيق النظريتين أى قدر من الجسامة .

أما فيما يتعلق بتطبيق نظرية الظروف الطارئة فيتمين أن يصل الضرر الى درجة ارهاق المتعاقد ، وأن يؤدى الى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب «bouleversement économique du contrat» .

وذلك مع ملاحظة مع ما سبق ذكره ، من اشتراط مجلس الدولة الفرنسى هذا الشرط الأخير فى حالة طلب الاستفادة من نظرية الصعوبات المادية ، فى مجال العقود الادارية الجزافية .
«les marchés à forfait» .

٣ - § من حيث الآثار

إذا ما سلم مجلس الدولة بقيام نظرية عمل الأمير ، أو الصعوبات المادية ، فإن التعويض الذى يحكم به هو التعويض الكامل ، الذى يغطى جميع الأضرار التى تلحق المتعاقد .

أما فى حالة الاستناد الى نظرية الظروف الطارئة ، فإن التعويض يكون جزئياً ، مع ملاحظة الخطوة التى يجرى عليها مجلس الدولة الفرنسى ، والتى تحمل الادارة معظم الأضرار ، إذ تتراوح النسبة التى تتحملها الادارة بين ٨٠٪ و ٩٥٪ من حساب الأضرار^(١) .

(١) وإذا كانت هذه النسبة تتحمل الادارة كل الضرر تقريبا ، فيجب ، ألا يفهم من ذلك أن التعويض فى حالة الظروف الطارئة هو بعينه التعويض فى حالة النظريتين الأخريين ، نظرا لأن التعويض فى حالة الظروف الطارئة يقدر على أساس الفسائر الفعلية التى تلحق المتعاقد وفقا للقواعد التى شرعناها ، فى حين أن التعويض فى المسالتين الأخريين لا يقتصر على مجرد الضرر ، ولكنه يشمل أيضا ما فات المتعاقد من ربح .

ولهذا فان تضييق مجلس الدولة الفرنسى من مجال نظرية عمل الأمير ، لحساب نظرية الظروف الطارئة ، قد جاء فى غير صالح المتعاقدين ، لأن الظروف الطارئة لا يعوض عنها الا اذا أدت الى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب ، أما عمل الأمير فيعوض عنه مهما كانت درجة الضرر . ومن ناحية ثانية فان التعويض عن الظروف الطارئة هو تعويض جزئى ومؤقت لمساعدة المتعاقد على تنفيذ التزاماته وحتى لا يضطر الى التوقف . أما التعويض عن عمل الأمير فهو تعويض كامل يغطي كل ما لحق المتعاقد من ضرر وما فاتته من كسب .

ولكن هذا القضاء قد أفاد المتعاقد من ناحية أخرى ، اذ احتفظ له بخط الرجعة ، وذلك اذا عجز عن اثبات شروط عمل الأمير ، فحينئذ لا يفقد كل أمل فى التعويض ، بل انه يستطيع أن يجرب حظه على أساس نظرية الظروف الطارئة .

الباب الرابع

أثر العقود الادارية بالنسبة الى الغير

تخضع العقود - فى نطاق القانون الخاص - لقاعدة أصيلة ،
هى قاعدة نسبية آثارها «La relativité des effets du contrat» فهل تسرى
هذه القاعدة على العقود الادارية ؟ ذلك ما يختلف فيه الفقهاء :

فمنهم - كالفقيه دى لوبادير - من يرى خضوع العقود الادارية
لذات المبدأ المقرر فى القانون الخاص^(١) .

ويرى فريق آخر ، منه الفقيه بيكنيو ، أن العقود الادارية تخرج
على القاعدة المقررة فى القانون الخاص فيما يتعلق بنسبية آثار
العقود^(٢) .

ولو تركنا الاعتبارات النظرية جانبا ، لتبين لنا أن آثار العقود
الادارية ، من الناحية العملية ، تتمدى المتعاقدين الى الغير ، فتفرض
على هذا الغير بعض الأعباء ، أو تخوله بعض الحقوق أو المزايا - ومن
ثم فأننا ندرس هذا الموضوع على الترتيب التالى :

أولا - الأعباء التى قد تفرضها العقود الادارية على الغير .

ثانيا - الحقوق التى يستمدّها الغير من العقود الادارية .

ثالثا - الأساس القانونى للآثار التى ترتبها العقود الادارية
فى مواجهة الغير .

(١) مطوله فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٨٦ وما بعدها .

(٢) بحثه المشار اليه فيما سبق ، الملزمة رقم ٥١١ ، بند رقم ٤٩٢ .

المبحث الأول

الأعباء المفروضة على الغير

(Charges imposées aux tiers)

ولما كانت العقود الادارية تتصل فرضا بتسيير المرافق العامة ، وكان المتعاقد يتعاون مع الادارة الى حد كبير في تسيير تلك المرافق ، فان الادارة قد ترى منح المتعاقد معها - لا سيما ملتزم المرافق العامة - بعض السلطات التي تخوله فرض بعض الأعباء على الأفراد .

ويمكن ارجاع تلك الأعباء الى الحالات الآتية :

١ - § تفويض المتعاقد في ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة

ومظاهر هذا التفويض بمتددة يمكن التمثيل لها بما يلي :

أولاً - تخويل المتعاقد - لا سيما في عقود الأشغال العامة

والامتياز - حق الاستيلاء المؤقت «droit d'occupation temporaire»

أو الحصول على مواد من الأراضي المجاورة «droit d'extraction de matériaux» (١) .

وأحيانا يخول العقد للمتعاقد حق الاستفادة من سلطة نزع

الملكية اذا تطلب ذلك حسن تنفيذ الالتزامات التعاقدية كما في

حالة ملتزم المرافق العامة .

ثانياً - كثيرا ما ينص العقد على منح المتعاقد حق استعمال

بعض أجزاء الدومين العام استعمالا خاصا «des droit privatifs sur une certaine portion du domaine public» .

وبالتالي يتضمن حرمان سائر

الأفراد من الانتفاع بتلك الاجزاء من المال العام ، أو يفرض قيوداً

على هذا الانتفاع .

(١) حكم المجلس الصادر في ١٩ يناير سنة ١٩٣٧ في قضية «Grandet»
المجموعة ص ٥٥ .

وللمتعاقد في هذه الحالات أن يستعمل دعاوى وضع اليد في مواجهة سائر الأفراد الذين ينازعوته هذا الحق .

ثالثا - رأينا فيما سبق أن للمتزم المرافق العامة الحق في الحصول على مقابل من الأفراد ، وأن هذا المقابل لا يعتبر مجرد أجر ، بل هو في حقيقته رسم «taxe» يخضع لما يستلزمه هذا الوصف من أحكام ، فيعامل معاملة الضريبة .

رابعا : قد تخول الادارة المتعاقد حق استعمال بعض سلطات البوليس «des pouvoirs de police» إذا اقتضى تنفيذ عقده ذلك^(١) .

ولقد سبق أن رأينا أن المادة ٧٧ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة (والتي تقابل المادة ٨٨ من اللائحة المرفقة) تجمل مقالو الأشغال العامة « . . . مسئولاً عن حفظ النظام بموقع العمل » . كما تفرض عليه « . . . اتخاذ كل ما يكفل منع الاصابات أو حوادث الوفاة للعامل أو أى شخص آخر أو الاضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد ، وتعتبر مسؤوليته في هذه الحالات مباشرة دون تدخل لجهة الادارة » . وهو فى سبيل القيام بهذا الواجب ، يملك أن يصدر اجراءات وتنظيمات يفرضها على عماله وعلى الغير ممن يتصلون بالعمل محل التعاقد .

خامسا : وأخيرا ، فإن الموظف المعين بمقد يمارس فى كثير من الحالات ذات السلطات التى يمارسها الموظف ذو المركز النظامى ، وبالتالي فإنه يستطيع أن يمارس اختصاصاته فى مواجهة الغير ، وأن يفرض عليهم من الاجراءات والأعباء كل ما تستلزمه مقتضيات وظيفته .

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ فى قضية (Ville de Dieppe) مجلة القانون العام سنة ١٩٢٥ ، ص ٦٢ .

٢ - § امتياز التقاضى «privilège de juridiction»

وتقتصر هذه الميزة - فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى - على عقدين فحسب من العقود الادارية ، وهما عقدا الامتياز ، والأشغال العامة . ويمقتضى هذه الميزة ، اذا تسبب مقاول الأشغال العامة أو الملتزم فى احداث ضرر للغير أثناء تنفيذ التزاماته العقدية ، فانه يقاضى أمام المحاكم الادارية لا أمام المحاكم القضائية . أما فى باقى العقود ، فان الدعوى ترفع أمام المحاكم القضائية .

وفى عقود الامتياز ليس للمضروور الا أن يقاضى الملتزم ، فلا يستطيع أن يرجع بالتعويض على الادارة^(١) الا اذا ثبت اعسار هذا الأخير^(٢) .

أما فى عقود الأشغال العامة ، فان المضروور يستطيع أن يقاضى المقاول أو الادارة ، باعتبار أن الادارة هى صاحبة الأعمال والمسئولة عنها (maître de l'ouvrage)^(٣)

وهذا القضاء استثنائى ، ولا يمكن تبريره على أساس القواعد العامة ، لا فى الاختصاص - كما درسناها فى القسم الأول من هذا المؤلف - ولا بالنسبة الى القواعد الموضوعية فى المسؤولية .

وعلى أية حال فاننا لم نجد قضاء لمجلس الدولة المصرى فى هذا الموضوع حتى الآن .

(١) حكم المجلس فى ١٠ يناير سنة ١٩٤٠ فى قضية (Sté Andrieu) مجموعة سبرى ، سنة ١٩٤١ ، القسم الثالث ، ص ٤٦ وفى أول مايو سنة ١٩٤٢ فى قضية (Sté. du Gaz de Marseille) المجموعة ص ١٤٢ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٤٤ فى قضية (Ville d'Alfortville) مجموعة سبرى سنة ١٩٤٥ ، القسم الثالث ، ص ٥٧ .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ١٦ يونية سنة ١٩٣٧ فى قضية (Gouv. Gén. de l'Indochine) المجموعة ص ٦٠٠ ، وفى ٦ مارس سنة ١٩٣٧ فى قضية (Ratichi) مجموعة سبرى ، سنة ١٩٣٢ ، القسم الثالث ، ص ١٠٨ وفى ٢٥ أبريل سنة ١٩٤١ فى قضية (Ville de Sait Claude) المجموعة ص ٧١ ، وفى ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ فى قضية (Sté des Etab. Arnodin) المجموعة ص ٢٦ .

٣ - § استثناء المتعاقد من قاعدة المساواة أمام التكاليف العامة

في بعض الحالات تضمن الإدارة عقودها شروطا تخول المتعاقد معها بمض الامتيازات التي لا تتمشى مع قواعد المنافسة الحرة (Libre concurrence) ولا مع ضرورة مساواة المواطنين أمام التكاليف العامة (L'égalité de tous devant les charges publiques)

ومن أوضح الأمثلة على ذلك شرط عدم المنافسة (Le privilège d'exploitation à titre exclusif) والذي يخول المتعاقد حق منع غيره من المواطنين من ممارسة ذات النشاط الذي يمارسه بمقتضى عقده مع الإدارة . ولقد سبق أن رأينا أن القضاء الإدارى فى مصر وفى فرنسا يسلم بشرعية هذه الشروط . ومن هذا القبيل أيضا ، ما يرد فى عقود القرض ، وبعض عقود امتياز المرافق العامة ، من إعفاء المتعاقد من بعض أنواع الضرائب ، بصفة دائمة أو لفترة محددة فى العقد^(١) . (des clauses d'immunité fiscale ou d'exemption d'imports)

المبحث الثانى

الحقوق التي يستملها الغير من العقد

يستطيع الغير - بصفته غيرا - أن يتدخل فى مجال العقود الادارية ، وأن يطالب ببعض الحقوق أو بالزام الادارة أو المتعاقد معها باتخاذ موقف معين . ويمكن أن ندرج فى هذه الحالات ، الصور الآتية :

١ - § حق الغير فى أن تبرم العقود الادارية وفقا للقانون

وهذا الحق - بالمعنى الواسع - لا يقتصر فى الحقيقة على العقود الادارية بمعناها الفنية ، ولكنه يشمل جميع عقود الادارة . ذلك

(١) حكم المجلس فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٩ فى قضية (Comp. des chemins de fer de l'Ouest) مجلة القانون العام ، سنة ١٩٣٩ ، ص ٥٨ مع تقرير المفوض جوس وفى ٢٠ يوليو سنة ١٩٣٨ فى قضية (Habert) مجلة القانون العام سنة ١٩٣٨ ص ٥٨١ .

أن الإدارة ليست حرة: كما رأينا في اختيار المتعاقدين معها ، ولا تملك أن تبرم عقودها كما تشاء وكما يفعل الأفراد ، ولكنها مقيدة في معظم الأحوال وعلى التفصيل الذي أوردناه في القسم الثاني من هذا المؤلف - بأوضاع معينة يتعين عليها احترامها - فإذا خرجت على مقتضاها ، حق لكل ذي مصلحة ، وهو من الغير بالفرض ، مقاضاة الإدارة ، وذلك عن طريق طلب إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة (Les actes détachables) والتعويض عنها ، إذا ترتب على مخالفة الإدارة للقانون ضرر ، كما لو استبعدت عطاء أحد الأفراد بدون وجه حق ، أو أرسيت المناقصة على غير صاحب العطاء الأول تمسقا^(١) - ولقد سبق أن شرحنا أحكام ذلك بالتفصيل - وإذا كان الفقهاء يدرجون هذه الحالة في مجال الحقوق التي يستمدّها الغير من العقد ، فإنها في حقيقتها ليست كذلك ، لأن الغير الذي يطمح في قرار إداري منفصل ، لا يستند في الطعن إلى نص في عقد إداري ، وإنما يستند إلى نصوص القوانين واللوائح - كما أنه لا يستقيم القول بأن الغير يستمد حقه في الطعن من العقد ، وهو في حقيقة الأمر يستهدف بالطعن إلغاء العقد - وإذا كان مجلس الدولة الفرنسي لا يعلق سلامة العقد على نتيجة الحكم في طلب إلغاء القرار المنفصل ، فلقد رأينا أن هذا القضاء غير منطقي ، وقد بدأ يتحول عنه المجلس ، ومن ثم فأننا لا نؤيده - ولهذا فإن الأدق في تلك الحالة ، أن نقول إن الغير لا يستمد حقه في الطعن بالإلغاء أو بطلب التعويض من العقد ذاته ، ولكن من النظام القانوني الذي وضعه المشرع للمقود الإدارية -

٢ - § الحقوق التي يستمدّها الغير من النصوص المدرجة لصالحه في العقد :

ولا نغني بهذه الحالة وضع المنتفعين بالمرفق العام ، مما منعرض له بشد قليل ، ولكن نقصد بها غيرهم ممن يتصلون بالعقد - فكثيرا

(١) بحث الفقيه بيكيو السابق ، الملزمة رقم ٥١١ ، البند رقم ٥١١ ، (ذات الرقم)

ما تضمن الادارة عقودها مع الأفراد شروطا لصالح بعض الطوائف الذين يمسه تنفيذ العقد ، ومن ذلك على سبيل المثال :

(أ) أن تشترط الادارة على المتعاقد أن يؤمن ضد الأضرار التي قد تصيب الغير من جراء تنفيذ العقد ، لا سيما في عقود الأشغال العامة والتي يتضمن تنفيذها مخاطر غير عادية بالنسبة للأفراد^(١) .

(ب) وكثيرا ما تضمن الادارة عقودها شروطا لصالح العمال الذين يستخدمهم المتعاقد ، لا سيما في عقود الأشغال العامة وامتيازات المرافق العامة التي تقتضى استخدام أعداد كبيرة من العمال ، مع استمرار العمل لسنوات طويلة^(٢) .

(ج) وأخيرا ، فإن الادارة - درءا لمسئوليتها التي أشرنا إليها فيما سبق - كثيرا ما تضمن عقود الأشغال العامة والامتياز ، شروطا لصالح الملاك الذين يجاورون المكان المخصص لتنفيذ تلك العقود ، وحينئذ يكون من حق هؤلاء الملاك الاستناد الى تلك الشروط لحماية مصالحهم^(٣) .

٣ - § حقوق المستفيدين في مواجهة ملتزمي المرافق العامة :

وهذه هي أبرز صور امتداد آثار العقود الادارية الى غير المتعاقدين ، والتي لاخلاف عليها بين الفقهاء ، فالذي لا شك فيه أن المستفيدين في حالة عقود الامتياز ، يستمدون من تلك العقود حقوقا مباشرة ، يستطيعون ممارستها ، لا في مواجهة الملتزم فحسب ، بل في مواجهة الادارة أيضا .

(١) حكم النقض الفرنسي ، الدائرة المدنية ، الصادر في ١٠ يونية سنة ١٩٤١ في قضية (Wadias Boetier) ، مجموعة دالوز سنة ١٩٤٢ ، ص ١١٤ .

(٢) حكم المجلس الصادر في ٢٢ يوليو سنة ١٩٢٧ في قضية (Synd. des Empl. des secteurs électriques de la Seine) ، دالوز سنة ١٩٢٨ ، القسم الثالث ، ص ٤١ مع تعليق فالين .

(٣) حكم المجلس الصادر في ٣ فبراير سنة ١٩٠٥ في قضية (Storch) مجلة القانون العام ، سنة ١٩٠٥ ص ٣٤٦ ، مع تعليق جيز .

حق المستفيد في مواجهة الادارة : يستطيع المستفيد - كما ذكرنا - أن يلجأ الى القضاء الادارى ، بطلب الغاء القرارات الصادرة من الادارة ، والتي تخول الملتزم حق مخالفة ما يرد في عقد الامياز من شروط . وهو يستطيع أيضا طلب الغاء القرارات الضمنية نتيجة رفض الادارة التدخل لاجبار الملتزم على احترام شروط العقد ، اذا أخل الملتزم بتلك الشروط . وقضاء مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص قديم ، ويرجع - كما رأينا - الى حكمه الصادر فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٦ فى قض. «Syndicat de la Croix de Seguey-Tivoli» وما يزال المجلس يلتزمه حتى الآن .

ومن هذا القبيل حكمه الصادر فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٢ فى قضية «Comp. Air. France» ^(١) . بل ان قضا مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص قد تطور فى سبيل التوسعة على المتقاضين ، ذلك أن المجلس كان يتجه فى أول الأمر الى احوالة المستفيد الى قاضى العقد للحصول على حكم بتفسير نص العقد الذى يستند اليه فى طلب الالغاء اذا كان هذا النص يحتاج الى شئ من التفسير ^(٢) . أما الآن ، فان المجلس يميل الى تفسير النص بنفسه تمهيدا للفصل فى طلب الالغاء ^(٣) .

(١) المجموعة ص ١٣٤ ، وقد جاء فى الحكم قول المجلس :

«Cons. qu'en vue d'assurer le développement et l'exploitation de l'aéroport de Marseille — Marignane, qui lui a été concédé par décret du 3 jan. 1934, la Chambre de commerce de Marseille a autorisé l'installation de réservoirs et d'appareils de distribution de combustibles et de lubrifiants à l'intérieur de cet établissement moyennant le paiement de taxes homologuées ... et payées par les sociétés bénéficiant de ces installations.

«Que la compagnie requérante, étant usagère de l'aéroport a qualité pour discuter devant la juridiction compétente le droit de l'autorité concédente relatif à l'organisation ou au fonctionnement du service concédé; que sa requête tend à l'annulation de la décision ministérielle d'homologation par le motif que celle-ci aurait été prise en méconnaissance du contrat de concession, lorsque ladite compagnie n'a pas été partie; que, par suite, elle est recevable».

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ فى قضية (Baudin) دالوز فى سنة ١٩٣٨ ، القسم الثالث ص ٧٦ .

(٣) حكم المجلس فى ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ فى قضية (Roche de Tilloy) دالوز سنة ١٩٣٧ ، القسم الثالث ص ٥ مع تعليق (Heilbronner) .

وللمستفيد أيضا أن يلجأ الى قاضى العقد لاجبار الادارة على
تمكينه من الاستفادة من العقد الادارى وفقا لنصوص هذا العقد .
وذلك ما قرره مجلس الدولة الفرنسى فى حكمه الصادر فى
٢٩ أكتوبر سنة ١٩٢٦ فى قضية «Gey»^(١) فقد تقدم هذا المواطن
الفرنسى للبلدية بطلب تمكينه من الحصول على الكهرباء من الشركة
الملتزمة بالاضاءة . ولما لم يجب الى طلبه لجأ الى القضاء الادارى
للحصول على حكم من ذلك القضاء بأحقية فى اقتضاء تلك الخدمة ،
فقرر المجلس فى حكمه السابق :

«Il appartenait au conseil de Préfecturs, juge dudite contrat, de statuer
sur toutes les difficultés pouvant résulter du refus opposé par la commune
à la demand du sieur G.».

حق المستفيد فى مواجهة الملتزم : وللمستفيد فى هذه الحالة
- وكما رأينا فى القسم الأول من هذا المؤلف - أن يقاضى الملتزم
على أحد أساسين :

الأول : على أساس العقد الذى يربط بين الملتزم والمستفيد ،
وذلك أمام المحاكم القضائية على اعتبار أن هذا العقد من عقود
القانون الخاص وعلى التفصيل السابق .

الثانى : بالاستناد الى عقد الالتزام ذاته . فحينئذ يكون
للمستفيد ، وفقا لحكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٥ نوفمبر
سنة ١٩٣٧ فى قضية^(٢) Union Hydro-Electrique de L'Ouest-Consta
(ntinois) أن يلجأ الى القاضى المدنى للحصول على حكم فى مواجهة
الملتزم بأحقية فى الحصول على الخدمة التى يقوم المرفق
بإدائها^(٣) .

(١) المجموعة من ٩٠٠ .

(٢) مجموعة سبرى ، سنة ١٩٣٨ ، القسم الثالث ، من ٦٥ مع تعليق لاروك .

(٣) راجع التفاصيل فى موضعها من هذا المؤلف .

المبحث الثالث

الأساس القانوني لامتداد آثار العقود الادارية الى الغير

ان الآثار التي أشرنا اليها في المبحثين السابقين يتمتع بها غير المتعاقدين اما استنادا الى شروط في العقد ، واما بغير نص في العقد - فهل يعتبر ذلك استثناء من قاعدة نسبية العقود ؟ ذلك ما سوف نبينه عند تعرضنا للأسس التي قيل بها تبريرا لامتداد آثار العقود الادارية الى الغير -

ويمكن ارجاع تلك الأسس الى الأفكار الآتية :

أولا : نظرية الاشتراط لمصلحة الغير -

ثانيا : الطبيعة الذاتية للعقود الادارية -

ثالثا : تبرير كل حالة على حدة -

ونتولى فيما يلي دراسة تلك الأفكار ، على أن نعقب عليها بتحديد معنى الغير في مجال العقود الادارية -

الفرع الأول

نظرية الاشتراط لمصلحة الغير

(Théorie de la stipulation pour autrui)

١ - وهي النظرية المقررة في القانون الخاص لتبرير امتداد آثار العقود الى غير المتعاقدين - وقد ورد النص عليها في المواد من ١٥٤ الى ١٥٦ من القانون المدني على النحو التالي :

مادة ١٥٤ : « ١ - يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، اذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية - ٢ - ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط- يستطيع أن يطالبه بوفائه ، ما لم يتفق على خلاف ذلك - ويكون لهذا المتعهد

أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد ٣٠ - ويجوز كذلك للمشتري أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع ، الا اذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك » .

مادة ١٥٥ : « ١ - يجوز للمشتري دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع الى المتعهد رغبته في الاستفادة منها ، ما لم يكن في ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد ٢ - ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري الا اذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك . وللمشتري احلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة » .

مادة ١٥٦ : « ويجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلية ، كما يجوز أن يكون شخصا أو جهة لم يميننا وقت العقد ، متى كان تعيينهما مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشاركة » .

٢ - وواضح من النصوص السابقة أنه لكي تتحقق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، يجب أن تتوافر الشروط الآتية :

أولا - أن يتعاقد المشتري باسمه لا باسم المنتفع ، دون أن يدخل المنتفع طرفا في العقد .

ثانيا - أن يشترط المشتري على المتعهد حقا مباشرا للمنتفع .

ثالثا - أن يكون للمشتري من وراء هذا الاشتراط مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية^(١) .

٣ - وقد لجأت المحاكم القضائية الى هذه النظرية لتبرير بعض آثار عقود الامتياز في مواجهة المنتفعين ، في فرنسا^(٢) . وفي مصر

(١) الوسيط للسهرى ، الجزء الأول ، ص ٥٧٣ .

(٢) حكم محكمة السين ، الصادر في ١٠ مايو سنة ١٩١٦ في حكم (Donai) مجلة القانون العام سنة ١٩١٦ ص ٢٤١ ، وحكم محكمة (Delille) الصادر في ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ في قضية (Comp. Bouleonnaise d'Eclairage) منشور في مجموعة دالوز سنة ١٩٤٠ ، القسم الثاني ، ص ١٩ مع تعليق فالين .

أيضا ، فقد أورد الدكتو السنهورى فى وسيطه ضمن تطبيقات هذه النظرية ، الشروط التى ترد فى عقود الاحتكار والتزام المرافق العامة لمصالح المنتفعين ، وتلك التى تتضمنها دفاتر الشروط لمصالح العمال من حيث ساعات العمل ، والتعويض عن الإصابات . . الخ فى مجال عقود المقاولات^(١) .

٤ - ويسلم فقهاء القانون العام - بل وبعض أحكام مجلس الدولة الفرنسى - بوجود بعض التطبيقات لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير فى مجال العقود الادارية . والواقع أنه ليس ثمة مانع من تطبيق فكرة الاشتراط لمصلحة الغير فى نطاق العقود الادارية متى توافرت شروطها ، ذلك أن أحكامها لا تتعارض مع مقتضيات سير المرافق العامة ، التى تهيمن على أحكام تلك العقود . ومن أوضح تطبيقات النظرية حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٧ يونيو سنة ١٩٣٨ فى قضية^(٢) «Chemin de fer de la Camargue» وتتلخص ظروف تلك القضية فيما يلى : منحت إحدى المقاطعات الفرنسية لشركة من الشركات حق استغلال مرفق من مرافق السكك الحديدية المحلية بمقتضى عقد امتياز ، وضمت المقاطعة هذا العقد ، شرطا بمقتضاه احتفظت للدولة بحق مد خطوط تليفونية فوق المنطقة المخصصة للمرفق موضع الاتفاق . ولما حدث خلاف حول تفسير هذا الشرط ، أوضع المفوض (Lagrange) الذى نيط به دراسة هذه القضية ، أن الشرط موضع الخلاف هو من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير^(٣) ، وبالتالي فإن قاضى العقد هو وحده المختص بالفصل فى مثل هذا النزاع . وبهذا التوجيه أخذ مجلس الدولة الفرنسى صراحة فى حكمه السابق حيث يقول :

(١) الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء الأول ص ٥٧٣ ، والأحكام التى أشار إليها .

(٢) منشور فى مجموعة دالوز ، سنة ١٩٤٠ ، القسم الثالث ، ص ٥ مع تقرير المفوض (Lagrange) .

(٣) بمعنى أن (المقاطعة) تشترط لمصالح الدولة ، وكلامها شخص معنوى هام مستقل عن الآخر .

«L'Etat fonde sur les clauses insérées à son profit dans le traité, qu'ainsi la créance dont il entend se prévaloir se rattache directement à l'exécution dudit contrat de concession, que c'est par suite au conseil de préfecture qu'il appartenait de statuer sur le litige dont s'agit».

ومعنى هذا الحكم ، أن المستفيد انما يستمد حقا مباشرا من
العقد وبالتالي فان قاضى ذلك العقد هو الذى يختص بكل نزاع يدور
حول تفسير الشرط أو يشره تنفيذه^(١) .

٥ - ولكن امكان تطبيق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير فى مجال
العقود الادارية ، لا يعنى صلاحية تلك النظرية لتفسير الآثار التى
ترتبها العقود الادارية فى مواجهة الغير فى جميع الحالات :

فالنظرية تطبق بلا أدنى شك فى كل حالة تستوفى شروط
التطبيق التى أشرنا اليها فيما سلف . وأوضح ما يكون ذلك فى عقود
الأشغال العامة بالنسبة الى الشروط التى تتضمنها تلك العقود،والتي
ترد لصالح العمال ، وقد سبق أن أشرنا الى أمثلة لها ، وذكرنا أن
المشرع نفسه كثيرا ما يلزم الادارة بالنص على تلك الشروط فى
العقد .

ومن تلك الحالات أيضا النصوص التى ترد فى العقود الادارية
باستمرار والتى تجعل المتعاقدين الأصليين مسؤولين مباشرة فى مواجهة
الادارة والعمال فى حالة نزوله عن العقد الى مقاول آخر بموافقة
الادارة^(٢) .

ولكن النظرية لا تصلح لتبرير آثار العقود الادارية فى مواجهة
الغير فى كثير من الحالات ، ونعنى بالذات حالة الالتجاء الى نظرية
الاشتراط لمصلحة الغير لتبرير المزايا والحقوق التى يستمدّها

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٢ يوليو سنة ١٩٢٧ فى قضية Syndicat des employés de secteurs électrique de la Seine منشور فى مجموعة دالوز ، سنة ١٩٣٨ ، القسم الثالث ص ٤١ ، مع تعليق الأستاذ فالين .

(٢) بهذا المعنى حكم النقض الفرنسى الصادر فى ١٢ مارس سنة ١٨٨٩ ، منشور فى مجموعة ميرى سنة ١٨٨٩ ، القسم الأول ص ٢٦٤ وفى ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ ، مجموعة ميرى سنة ١٩٠٢ ، القسم الأول ، ص ٣٦٠ .

المستفيدون من عقود الامتياز • وينادى بهذا التكييف فقهاء القانون المدني في المادة^(١) .

ولكن هذا التبرير ترفضه غالبية فقهاء القانون العام ، كما انتقده بعض المفوضين صراحة في تقاريرهم المقدمة الى مجلس الدولة الفرنسي^(٢) . ويوجه الفقهاء الى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير - كأساس عام ، لتبرير آثار العقود الادارية في مواجهة الغير ، في مجال عقود الامتياز بصفة خاصة ، والعقود الادارية بصفة عامة - الانتقادات التالية :

أولاً - يشترط لتطبيق النظرية أن يكون المستفيد مميّناً أو ممكن التمييز - وهذا الشرط من المسير تحقّقه ، نظراً لأن الادارة تستطيع في كل وقت أن تتدخل في عقود الامتياز ، وأن تعدل شروط الانتفاع فتدخل بين المنتفعين طوائف جديدة أو تنقص من الطوائف القديمة •

ثانياً - تؤدي نظرية الاشتراط لمصلحة الغير الى منح هذا الغير حقاً مباشراً بمقتضى العقد ، وتخوله الحق في مقاضاة المتعهد • وكل هذا مسلم به في مجال العقود الادارية • ولكن عقود الامتياز كما رأينا تخول المستفيد حقوقاً أكثر من ذلك ، اذ تسمح له بمقاضاة الادارة ذاتها ، وهو ما لا يتفق مع فكرة الاشتراط لمصلحة الغير •

ثالثاً - متى قبل المستفيد الشرط ، فإن حقه يستقر بصفة نهائية • وليس هذا هو الشأن في مجال عقود الامتياز ، نظراً لأن

(١) سبق أن أشرنا الى رأى الدكتور السنهوري في هذا الصدد ، فهو يقول في وسيطه (الجزء الأول ص ٥٧٢) أنه « اذا حصلت شركة على احتكار تلتزم به مرفقا من المرافق العامة ، كالاحتكار الذى يمنح لشركات المياه والنور والغاز والنقل ونحو ذلك ، فإن مانع الاحتكار - الحكومة أو أحد المجالس البلدية - يشترط عادة على المحتكر شروطاً لمصلحة المنتفعين من الجمهور ، فيشترط مثلاً حداً معيناً من الأجر لا يجوز للمحتكر أن يجاوزه ، فى مثل هذه الحالة يوجد اشتراط لمصلحة الغير ، ويكون لكل فرد من الجمهور حق مباشر يكسبه من عقد الاحتكار ، ويستطيع بمقتضاه أن يقاضى المحتكر ويطالبه بتنفيذ الشروط التى فرضت لمصلحته » •

(٢) على سبيل المثال تقرير المفوض (Odent) فى قضية (Cie gén des eaux) والثى صدر فيها حكم المجلس فى ٥ مايو سنة ١٩٤٣ - دالوز سنة ١٩٤٤ ، ص ١٢١ •

الادارة تستطيع فى كل وقت - كما رأينا - أن تتدخل فى مجال الرسوم التى يتقاضاها الملتزم من المتفعين ، وأن تعدلها بالنقص أو بالزيادة ، فيسرى التعديل على جميع المتفعين سواء القدام أو الذين يطلبون الاستفادة بعد التعديل -

رابعا : لا يمكن لفكرة الاشتراط لمصلحة الغير بحال من الأحوال . أن تفسر حق المستفيدين فى الالتجاء الى قاضى الالفاء ، للحصول على أحكام بالغاء بعض القرارات التى تصدر من الملتزم فى خصوص تنظيم عقد الامتياز ، لأن مخالفة الادارة لشرط وارد فى عقد من العقود يثير المسؤولية التعاقدية التى تحسم عن طريق القضاء الكامل لا عن طريق قضاء الالفاء . فهذا القضاء الأخير ، قضاء عينى «contentieux objectif» لا يثار الا اذا كان ثمة نزاع يتعلق بالمشروعية لا بالاعتداء على حقوق شخصية^(١) .

خامسا : اذا صلحت نظرية الاشتراط لمصلحة الغير فى بعض الحالات لتفسير الآثار المفيدة للعقود الادارية فى مواجهة الغير ، فانها لا تصلح قطعا لتبرير الأعباء التى تفرضها تلك العقود على الغير ، والتى رأينا أمثلة لها فى مطلع هذا المبحث . وهذا النقذ شامل ، ولا يقتصر على عقود الامتياز كما هو الشأن بالنسبة الى الانتقادات السابقة .

ومن ثم فاننا نعود فنؤكد أنه ليس ثمة مانع قانونى يحول دون تطبيق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير فى مجال العقود الادارية بشرط مراعاة أحكامها المنصوص عليها فى المواد من ١٥٤ الى ١٦٥ من القانون المدنى المصرى والتى أوردناها فيما سلف . ولكن هذه النظرية لا تصلح أساسا لتبرير امتداد آثار العقود الادارية الى الغير لا فى مجال عقود الامتياز ، ولا فى الحالات التى لا تتوافر فيها الشروط الواردة فى المجموعة المدنية .

(١) فى التفاصيل يرجع مؤلفنا فى « القضاء الادارى » ، وقد سبقت الإشارة اليه .

الفرع الثاني

الاستناد الى الطبيعة الذاتية للعقود الادارية

ولقد نادى بهذا الأساس العام الفقيه «Péquignot» في رسالته وفي بحثه الذين أشرنا اليهما أكثر من مرة . فهو يرى أنه مع غير الجائز التقيد بالقاعدة المدنية التي تقضى بقصر آثار العقود على أطرافها ، كما أنه من غير المجدى في نظره محاولة اكراه نظرية الاشتراط لمصلحة الغير المدنية ، وتحويل أحكامها بحيث تصلح سنداً قانونياً لتبرير الآثار التي تولدها العقود الادارية في مواجهة الغير . ذلك أن من طبيعة العقود الادارية أن تولد آثاراً في مواجهة الغير ، لأن هذه ليست الا وسيلة من وسائل الادارة في سبيل تحقيق الصالح العام . وسواء تصرفت الادارة عن طريق العقود الادارية أو عن طريق غيرها من وسائل ، فانها انما تستعمل اختصاصاً تستمد من القوانين واللوائح ، ومن شأن ممارسة هذه الاختصاصات أن تولد حقوقاً والتزامات في مواجهة الأفراد ^(١) .

على أنه اذا كان هذا الرأى يرجع آثار العقود الادارية في مواجهة الغير الى طبيعة الاختصاصات الادارية بصفة عامة ، فان العقود الادارية هي المصدر المباشر لتلك الآثار ، نظراً لأن هذه العقود هي التي تجعل المتعاقدين دائناً أو مدينين بتلك الآثار في مواجهة الغير .

(١) راجع المزمة رقم ٥١١ ، بند رقم ٥٢٩ من بحثه المشار اليه حيث يقول :

«En réalité, il est de l'essence des contrats administratifs de produire des effets à l'égard des tiers, parce que l'Administration n'a pas stipulé dans un intérêt égoïste, mais animée par un but de service public et en vue de l'intérêt général, c'est à dire pour le public. Qu'elle pourvoie au service public au moyen du contrat ou autrement, l'Administration exerce une compétence qu'elle tient de la loi et fait produire à ses actes des effets toujours plus ou moins généraux».

فأرادة الادارة المتعاقدة ، باعتبار أنها تسمى دائما فى سبيل تحقيق الصالح العام ، هى التى تولد آثارا فى مواجهة الغير . أما إرادة الفرد المتعاقد فعاجزة عن تحقيق مثل هذه الآثار .

«Les droit et les obligations que les tiers tirent du contrat administratif ont donc leur source exclusivement dans la volonté de l'administration contractante, telle qu'elle qu'elle s'est manifestée dans le contrat administratif».

الفرع الثالث

انكار المبدأ فى ذاته ومحاولة تبرير كل حالة على حدة

١ - يذهب فريق من الفقهاء الى أن العقود الادارية تخضع لقاعدة نسبة آثارها كما هو الشأن فى عقود القانون الخاص . ومن هذا الرأى الفقيه دى لوبادير ، الذى يستند الى أحكام مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد ، والتى مثل لها بالأحكام الآتية :

(أ) حكم المجلس الصادر فى ١٨ مارس سنة ١٩٢٧ فى قضية «Fauvet» ^(١) حيث يقول :

«Le Sieur F. n'ayant pas été partie au marché, n'est pas recevable à saisir le Conseil d'Etat de conclusions tendant à faire déclarer l'Etat débiteur à son égard».

(ب) حكم المجلس الصادر فى ١٨ مارس سنة ١٩٢٧ فى قضية «Cie international du gaz» ^(٢) وقد ورد فيه :

«Un tel moyen, d'ailleurs fondé sur un contrat auquel l'Etat est étranger, ne saurait être invoqué».

(ج) وأخيرا حكم المجلس الصادر فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٠٧ فى قضية «Esotés» ^(٣) حيث يؤكد :

«Aucune disposition de loi ou de règlement ne fait obstacle à ce que, au point de vue des rapports entre les parties contractantes, les clauses d'un marché passé par adjudication soient modifiées d'un commun accord en cours d'exécution».

(١) المجموعة ص ٣٦٠ .

(٢) مجموعة سبرى ، سنة ١٩٣٩ ، القسم الثالث ص ١ مع تعليق الفقيه (Alibert)

(٣) المجموعة ص ٨٤٩ .

٢ - ولكن الفقيه دى لوبادير ، لم يكن ليستطيع أن ينكر الحالات الكثيرة التى تؤدى فيها العقود الادارية الى افادة الغير أو الى تحميله ببعض الأعباء . وقد رأى أن تلك الحالات ، لا تعتبر تطبيقاً لمبدأ عام ، كما يؤكد الفقيه بيكينو ، ولكنها حالات استثنائية يمكن ارجاع كل طائفة منها الى أساس قانونى معروف لا يمس قاعدة نسبية العقود وذلك على النحو التالى :

أولاً : هناك بعض حالات صورها الفقيه بيكينو على أنها تعتبر تطبيقاً لقاعدة امتداد آثار العقد الى الغير ، وهى فى حقيقتها ليست كذلك . ومنها فى نظر الفقيه دى لوبادير ، حق الغير فى أن تبرم العقود الادارية وفقاً للقانون . وقد سبق أن أبدينا ذات الرأى ، ولا شك لدينا فى سلامة هذا الاعتراض .

ومنها أيضاً المزايا التى يستمدّها المتعاقد من العقد ، كشرط ضمان عدم المنافسة ، أو الاعفاء من الضرائب ... الخ . وهنا أيضاً نوافق الفقيه دى لوبادير على أن الآثار التى ترتبها مثل هذه الشروط فى مواجهة الغير تعتبر آثاراً غير مباشرة ولا ترقى الى مرتبة الاستثناءات من قاعدة نسبية آثار العقود .

ثانياً : فيما يتعلق ببعض الالتزامات التى يتحملها الغير نتيجة للشروط الواردة فى العقد ، كحق المتعاقد فى شغل بعض الأملاك العامة المجاورة لموقع العمل ، أو فى أخذ مواد منها ، واحتمال استفادة المتعاقد من سلطة نزع الملكية ... الخ ، فإن الفقيه دى لوبادير يرد أساسها الى القانون ذاته باعتباره المصدر الذى رتب هذه الالتزامات ، وبالتالي فإنه يعتبرها من قبيل « الارتفاقات القانونية »

«Les servitudes légales»

ثالثاً : فى معظم الحالات التى تمتد فيها آثار العقود الادارية الى الغير نتيجة لشروط العقد ، فإن دى لوبادير يرجع ذلك الى فكرة الاشتراطات لمصلحة الغير بشروطها المعروفة .

رابعاً : فى حالة عقد الامتياز ، يرجع استفادة الغير من الشروط الواردة فى عقد الامتياز الى الطبيعة اللائحية لتلك الشروط ، ذلك أن الفقيه دى لوبادير يرى أن شروط عقد الالتزام وحده والمتصلة بتسيير المرفق ، هى دون غيرها التى يمكن أن توصف بالطبيعة اللائحية ، كما ذكرنا فيما سلف^(١) .

٢ - والواقع أن فكرة الآثار التى يمكن أن ترتبها العقود الادارية فى مواجهة الغير ، يمكن أن تحل فى نظرنا على ضوء الأفكار الرئيسية التى أشرنا إليها عند دراسة الأسس العامة التى تقوم عليها فكرة العقد الادارى . فلقد سبق أن ذكرنا أن صلة العقد بالمرفق العام ، وبتحقيق الصالح العام ، قد خرجت بالعقود الادارية عن القواعد المدنية التقليدية فى مجال العقود . ولهذا فقد اضطررنا باستمرار الى تقسيم الشروط التى ترد فى العقد الادارى الى طائفتين وفقاً لمدى اتصالها بالمرفق العام ، ورتبنا على هذا التقسيم أحكاماً كثيرة . ولدينا أن هذا التقسيم يحتفظ بقيمته وبأثره فى هذا المجال من حيث معرفة مدى أثر العقود بالنسبة الى غير أطرافها ، وذلك على النحو التالى :

أولاً - من حيث الشروط التى لا تتصل بالمرفق العام : وهى التى يعبر عنها عادة باصطلاح « الشروط التعاقدية » وفى هذا المجال تقتصر آثار العقود على أطرافها ، وفقاً للقاعدة المسلم بها فى القانون الخاص ، اللهم الا اذا تضمنت تلك الشروط نصاً صريحاً يرتب حقاً للغير . وهنا تطبق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير المدنية ، بشرط استيفاء أحكام هذه النظرية .

ثانياً - من حيث الشروط التى تتصل بتنظيم المرفق العام : وهى الشروط التى نرى تسميتها شروطاً لائحية « clauses réglementaires » وبالنسبة الى هذه الشروط بالذات خرجت القواعد المنظمة للعقود

(١) راجع مناقشته لهذا الموضوع ، فى مطوله فى العقود ، الجزء الثانى ، هامش ص ٨٧ .

الادارية عن مثيلاتها فى القانون الخاص ، ذلك أن تنظيم المرفق العام ، هو بطبيعة موضوع ادارى - فاذا وردت بخصوصه بعض الشروط فى عقد من العقود ، فلا معنى ذلك أن الادارة قد تخلت عن واجبها الاصيل فى تنظيم المرفق العام لفرد من الأفراد ، وانما تدرج هذه الشروط فى العقود ، لكى يقدر المتعاقد التزاماته على هداها ، وهو يعلم سلفا أنه لا سلطان له على تلك الشروط ، وانها قابلة للتعديل فى كل وقت كما رأينا - ولهذا قالت محكمة القضاء الادارى المصرية فى حديثها عن تلك الشروط ، ان المتعاقد « ... اذا قبلها أصبح فى مركز تعاقدى شكلا ، تنظيمى موضوعا ، ومن هنا ينشأ عن العقود الادارية مراكز خاصة تختلف تماما عن تلك التى تنشأ فى ظل العقود المدنية » - وقد لجأ الفقيه دى لوبادير الى هذا التكييف فى حالة عقود الامتياز - ولكنه رفض فكرة الشروط اللائحية فى مجال العقود الادارية الأخرى ، فاضطر الى أن يلجأ الى أكثر من سند لتبرير أثر العقود الادارية بالنسبة الى الغير - ولكننا نرى أنه لا محل لتمييز عقود الامتياز عن غيرها فى هذا الصدد ، وأنه يجب التسليم بالطبيعة اللائحية لكافة الشروط المتصلة بتسيير المرافق العامة والتى ترد فى العقود الادارية - ومتى سلمنا بهذه الطبيعة اللائحية ، أصبح من المفهوم لماذا ترتب العقود الادارية أثارا فى مواجهة الغير فى بعض الحالات ، ذلك أن القرارات الادارية ، انما تعبر عن ارادة الادارة وحدها ، ولا تحتاج الى مصادقة الأفراد على ما ترتبه لهم من مزايا أو ما تفرضه عليهم من أعباء - وهذا التكييف عندنا ، ينسجم مع الأحكام الاساسية للعقود الادارية ، كما أنه يفسر أثر العقود الادارية بالنسبة الى الغير ، ويضع هذه الفكرة فى نطاقها الطبيعى ، ويرسم حدودها المقولة .

الفرع الرابع

تحديد معنى الغير فى مجال العقود الادارية

لا يشير تحديد فكرة الغير (La notion de tiers) أى صعوبة فيما يتعلق بالأفراد الذين يتعاقدون مع الادارة أو غيرهم ممن يمسه العقد .

ولكن كانت هناك صعوبة فيما يتعلق بتحديد جهات الادارة التي تعتبر من قبيل الغير بالنسبة الى عقد ادارى معين ، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسى قد جرى فى تاريخ متقدم على اعتبار أن المرافق العامة تعتبر غيرا بالنسبة الى العقود التى يبرمها مرفق معين ، وذلك بصرف النظر عن تمتع تلك المرافق بالشخصية المعنوية . وعلى هذا الأساس تعتبر الوزارات الأخرى ، غيرا بالنسبة الى العقود التى يبرمها وزير معين فيما يتعلق بشئون وزارته^(١) .

هذا المسلك هجره مجلس الدولة الفرنسى والفقهاء منذ أمد بعيد ، وأصبحت فكرة الغير فى مجال العقود الادارية بصفة خاصة ، ومجال التنظيم الادارى «La structure de l'administration» بصفة عامة ، مرتبطة بفكرة الشخصية المعنوية . وبالتالي فإن جهة ادارية معينة لا تعتبر من قبيل الغير بالنسبة الى جهة ادارية أخرى الا اذا كانت كل جهة منها تابعة لشخص معنوى مستقل . فالوزارات لا تعتبر غيرا بالنسبة الى الدولة ، لأن كل وزارة لا تتمتع بشخصية مستقلة عن شخصية الدولة . ولكن المحافظات والمراكز والمدن والاحياء والقرى والهيئات العامة تعتبر غيرا بالنسبة الى الدولة وبالنسبة الى العقود التى يبرمها كل شخص عام من هذه الأشخاص .

ولقد سبق أن أشرنا الى هذه الفكرة عند درامة نظرية عمل الأمير ، ويجب اتباعها كلما أثير موضوع « الغير » فى مجال القانون العام . وراجع حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ١١/٧/١٩٦٥ (مجموعة أحكام المحكمة ، ص ١٨٧١) حيث طبقت المبدأ المشار اليه .

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٩ مايو سنة ١٨٦٥ فى قضية «Mony de Montmort» المجموعة ص ٥٥٤ .

القسم الرابع

نهاية العقود الادارية

وندرس فيه :

أولا : الأسباب العامة لنهاية العقود الادارية .

ثانيا : دراسة خاصة لنهاية عقود الامتياز والأشغال العامة والتوريد .

الباب الأول

الأسباب العامة لنهاية العقود الادارية

قد تنتهى العقود الادارية نهاية طبيعية ، لذات الأسباب التى تنتهى بها العقود فى نطاق القانون الخاص . ولا يختلف الحال فى مجال القانون الادارى عنه فى مجال القانون المدنى . ولكن العقود الادارية قد تنتهى نهاية مبسرة ، قبل أجلها الطبيعى . وهنا توجد الأحكام المميزة للعقود الادارية عن غيرها من عقود القانون الخاص . ومن ثم فأننا نشير باختصار الى حالات نهاية العقود الادارية نهاية طبيعية ، ثم نتناول بشئ من التفصيل الوسائل التى تنتهى بها العقود الادارية نهاية مبسرة .

الفصل الأول

نهاية العقود الادارية نهاية طبيعية

١ - تنتهى العقود بصفة عامة - ومن بينها العقود الادارية -
نهاية طبيعية فى الحالتين الآتيتين :

اولا : انتهاء العقد (أو انقضاؤه) لتنفيذ ما يترتب عليه من
التزامات تنفيذا كاملا^(١) . فعقد الأشغال العامة أو التوريد مثلا ،
والذى نفذ فيه المتعاقد التزاماته ، باتمام الأعمال المطلوبة فى الحالة
الأولى ، وتسليم البضائع فى الحالة الثانية ، ينقضى متى أدت الادارة
الثنى كاملا للمتعاقد .

ثانيا : انقضاء العقد لنهاية المدة المحددة لبقائه^(٢) : ذلك أن من
العقود الادارية ، ما يرتبط بقاؤه بمدى زمنى محدد . ومثال ذلك
عقود الالتزام ، والتي يجب ألا تزيد مدتها على ثلاثين سنة كما
ذكرنا ، وعقود الأشغال العامة المتعلقة بصيانة بعض المنشآت لدى
زمنى محدد ، وعقود التوريد لمدة محدودة ، وعقود الايجار . الخ .
فى كل هذه الحالات ينتهى العقد بحلول المدة المتفق عليها فيه .

٢ - غير أنه يجب التمييز فى هذا الخصوص بين العقود الفورية ،
والعقود الزمنية :

فالعقود الفورية تنقضى بالتنفيذ الى غير رجعه .

أما العقود الزمنية «Les contrats à durée déterminée» فقد تتولد
عنها بعض الآثار رغم انقضاء المدة ، بحيث يكون للمتعاقد الذى
يستمر فى تنفيذ التزاماته التعاقدية بعد مرور المدة الحق فى مطالبة
الادارة بالمقابل ، وذلك فى الصورتين التاليتين :

«Fin du contrat par la réalisation de son objet».

(١)

«Fin du contrat par l'arrivée du terme extinctif».

(٢)

(أ) حالة الموافقة على التجديد الصريح أو الضمني : ولا صعوبة في حالة التجديد الصريح . ولكن يدق الأمر في حالة التجديد الضمني . ومع ذلك فقد «لم به مجلس الدولة الفرنسي إذا كانت ظروف الحال تكشف عن رضاء ضمني من جانب الإدارة والمتعاقد على الاستمرار في التنفيذ رغم انقضاء المدة المتفق عليها في العقد»^(١) . كما أن المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٢٦ فبراير سنة ١٩٧٢ (س ١٧ ، ص ٢٦٣) ترى أنه إذا لم يتضمن العقد بيان كيفية تجديده ، وإذا لم توجد نصوص خاصة في هذا الصدد ، «فانه يتمين ، والحالة هذه ، الرجوع في هذا الشأن إلى الأحكام العامة الواردة في القانون المدني» وبالتالي فان المحكمة قد طبقت المادة ٥٦٣ من القانون المشار اليه .

(ب) وشبيه بالحالة السابقة ، حالة استمرار ملتزم المرافق العام في أداء الخدمة المنوطة بالمرفق العام ، بشرط حسن النية ، وثبوت فائدة الخدمة للإدارة فعينئذ ، يعوض مجلس الدولة الفرنسي الملتزم بصرف النظر عن فكرة التجديد الضمني للعقد «La notion de contrat tacite» وذلك على أساس شبه العقد^(٢) «une situation quasi — contractuelle»

٣ - وتقرر المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٨ فبراير سنة ١٩٨٦ (الطعن رقم ٢٥٣ و ٦٥٢ لسنة ١٨ قضائية) أن مناهج تجديد العقد الإداري (حيث يجوز التجديد) هو موافقة طرفية ، وسلطة الإدارة في قبول التجديد أو رفضه طبقا لما تراه محققا للمصلحة العامة .

(١) راجع على سبيل المثال ، حكمه الصادر في ١٥ يونيو سنة ١٩٥١ في قضية (Société hydraulique Asie) المجموعة ص ٣٤٩ ، وقد جاء فيه : «La Société dont les travaux de prospection devaient normalement prendre fin le 27 avril 1940 ... en a poursuivi l'exécution après cette date par un accord tacite avec la colonie».

(٢) حكم المجلس الصادر في ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٢ في قضية (Dame Vve Bastit) المجموعة ص ٩٢ .

الفصل الثاني

النهاية المبسرة للعقود الادارية

قد لا يبقى العقد الادارى حتى ينتهى نهاية طبيعية بالتنفيذ او بانقضاء المدة كما فى الحالة السابقة ، بل يحدث أن ينتهى نهاية مبسرة وقبل الأوان (d'une manière prématurée) ويمكن ارجاع انقضاء العقد فى هذه الحالة الى الأسباب الآتية :

أولا : الفسخ باتفاق الطرفين أو التقايل
(La résiliation conventionnelle)

ثانيا : الفسخ بقوة القانون (La résiliation de pleine droit)

ثالثا : الفسخ القضائى (La résiliation juridictionnelle)

رابعا : الفسخ عن طريق الادارة (La résiliation administrative)

خامسا : وهناك حالات خاصة تصدر فيها قوانين لتنظيم كيفية انهاء بعض العقود فى ظروف معينة •
وفيما يلى نعرض لدراسة الحالات السابقة •

المبحث الأول

الفسخ باتفاق الطرفين أو التقايل

قد تنتهى العقود الادارية نهاية مبسرة اذا اتفق المتعاقد وجهة الادارة على انهاء العقد قبل نهايته الطبيعية ، ذلك أن الزام العقد الادارى انما يستند الى رضا الطرفين ، وبالتالي فانه يزول برضاها أيضا ، ولا صعوبة فى هذا المجال اذ تطبق الأحكام المدنية فى هذا الصدد •

ولا بد لانتهاء العقد بهذه الصورة من موافقة الجهة التى تملك ابرامه ، ويجب أن تظهر ارادتها واضحة ، ولكن لا يشترط أن

تفرغ تلك الارادة فى صورة معينة . وقد علم مجلس الدولة الفرنسى بانتهاء بعض العقود نتيجة تبادل خطابات بين الادارة والمتعاقد معها^(١) . وقد يكون الفسخ الاتفاقى مصحوبا بتعويض المتعاقد عما فاتته من تكملة تنفيذ العقد أو بلا تعويض وفقا لما يتفق عليه المتعاقدان ، فذلك مما يترك لحريرتهما المطلقة . وحالات هذا التقايل كثيرة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، وهى مجرد تطبيقات للقواعد العامة ، ومن ثم فانها لا تحتاج لدراسة تفصيلية خاصة^(٢) .

المبحث الثانى

الفسخ بقوة القانون

ينقضى العقد بقوة القانون (de plein droit) فى بعض الحالات متى تحققت شروط معينة منها :

أولا : هلاك محل العقد (La disparition de l'objet du contrat) . فإذا هلك محل العقد ، انقضى العقد بقوة القانون . وقد يكون هلاك المحل بسبب خارجى عن الطرفين ، كتدمير محطة القوى التى أبرم العقد لاستغلالها نتيجة للحرب^(٣) ، وهنا ينقضى العقد دون أن يتحمل أى من الطرفين تعويضا بسبب هذا الانقضاء .

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ فى قضية (Drouard) المجموعة من ١١١٢ (de simples lettres échangées par les parties) .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٣ فى قضية (Le Loir) المجموعة من ١٣٦ وفى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ فى قضية (Drouard) المجموعة من ١١١٢ وفى أول سبتمبر سنة ١٩٤٤ فى قضية (Pillard frères) المجموعة من ٢٤٠ وفى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٤٦ فى قضية (Ville de Sancerre) المجموعة من ٢٤٧ ، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسى بسلامة التقايل فى هذه القضية رغم أن الادارة قد أقدمت عليه خطأ لاعتقادها بأن القانون يوجب اتمام الفسخ فى تلك الحالة .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ١٦ يوليو سنة ١٩٥٢ فى قضية (Electricité de France) المجموعة من ٣٨٠ . وقد جاء فيه :

«La destruction le 12 juin 1940 de la station en vue de l'exploitation de laquelle avait été conclu le marché a constitué un événement de guerre ayant eu pour effet de rendre définitivement impossible l'exécution de ce marché et par voie de conséquence l'application des stipulations qu'il comportait ... par suit Electricité de France n'est pas fondée à soutenir que le marché dont n'agit n'a pas pris fin à la date susindiquée» .

وقد يكون مرجع الهلاك الى عمل الادارة ، وحينئذ نكون على الحد الفاصل بين انتهاء العقد بقوة القانون ، وانهاؤه بالطريق الادارى . وهنا قد يصحب انتهاء العقد ، تمويض المتعاقد عن هذه النهاية المبسرة لعقده ، وذلك فى حالة ما اذا هلك المحل نتيجة لاجراء عام ، فحينئذ لا يموض المتعاقد الا اذا توافرت شروط نظرية عمل الأمير ، والتي درمناها فيما سلف .

ثانيا : اذا تحققت شروط معينة منصوص عليها فى العقد :
(Resiliation de plein droit prévue par le contrat) فتمى تحققت تلك الشروط ينفسخ العقد بقوة القانون من تاريخ تحققها^(١) .

ثالثا : اذا تحققت أسباب معينة منصوص عليها فى القوانين أو اللوائح : (Resiliation de plein droit prévue par la loi) وهنا أيضا يتم انفساخ العقد من تاريخ تحقق الأمور المنصوص عليها فى القوانين أو اللوائح .

وأحيانا يصدر تشريع يقضى بانتهاء بعض أنواع العقود العقود ، وذلك لأسباب معينة مثل انتهاء الحرب التى أبرمت تلك العقود لمواجهتها .

فى جميع الحالات السابقة يتم الفسخ بقوة القانون مع تاريخ تحقق أسبابه .

البحث الثالث الفسخ القضائى

والفسخ القضائى (La résiliation juridictionnelle) — كما يدل عليه اسمه — هو الذى يتمين أن ينطق به القاضى بناء على طلب أحد الطرفين .

(١) حكم المجلس فى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٤ فى قضية (Soc. d'Etat à la défense) المجموعة ص ٢٧٦ .

وترتد آثار هذا الفسخ الى تاريخ رفع الدعوى .
والأسباب التى من أجلها يحكم القضاء الادارى بالفسخ عديدة ،
ولكن الفقهاء يردون تلك الأسباب الى ثلاث مجموعات^(١) :

- أولا : الفسخ القضائى بسبب القوة القاهرة .
 - ثانيا : الفسخ القضائى كجزاء للاخلال بالالتزامات العقدية .
 - ثالثا : الفسخ كموازن لحق الادارة فى التعديل .
- وفيما يلى ندرس هذه الأسباب على التوالى :

الفرع الأول

حالة القوة القاهرة

١ - تؤدى القوة القاهرة بمعناها المعروف (La force majeure) الى اعفاء المتعاقد من التنفيذ . وبالتالي فان الادارة فى هذه الحالة لا تستطيع ارغامه على التنفيذ ، ولا أن توقع عليه عقوبات بقصد تحقيق هذه الغاية ، كما أنها لا تستطيع أن توقع عليه غرامات التأخير . ولكن ما أثر القوة القاهرة على العقد ؟

ان المسلم به فى القانون المدنى المصرى ، أن القوة القاهرة ، والسبب الأجنبى بصفة عامة ، يؤدى الى انفساخ العقد من تلقاء نفسه وفقا للمادة ٣٧٣ من القانون المدنى . وبهذا المعنى تعتبر القوة القاهرة من الأسباب القانونية لانفساخ العقد . فاذا التجأ المتعاقد الى القضاء للحصول على حكم بأن استحالة التنفيذ ترجع الى سبب أجنبى ، فان الحكم فى هذه الحالة يقرر الفسخ ولا ينشئه^(٢) .

٢ - ولكن فى القانون الفرنسى ، يقوم خلاف بين الفقه والقضاء فى هذا المسدد : فالفقهاء يؤيدون وجهة النظر المقررة فى مصر

(١) مطول دى لوبادير فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ١٤٧ .

(٢) الوسيط للسنهورى ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ٧٢٤ - ٧٢٥ .

(م ٤٩ - العقود الادارية)

تشريعيا ، ولكن المحاكم القضائية ، تميل الى جعل القوة القاهرة سببا للمطالبة بانفسخ قضائيا^(١) . فما هو الوضع فى نطاق العقود الادارية ؟ ان للقوة القاهرة وضعا خاصا فى نطاق العقود الادارية ، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسى قد توسع فى معنى القوة القاهرة ، فأصبح لها معنيان فى قضائه :

(أ) المعنى الأول : وهو المعنى الأصيل للقوة القاهرة ، وهى الحادث الخارجى ، الذى يستحيل دفعه ، والذى يؤدى الى استحالة التنفيذ استحالة مطلقة . فهل تؤدى القوة القاهرة فى هذه الحالة الى انقضاء العقد بقوة القانون ؟ لقد حكم مجلس الدولة الفرنسى بهذا المعنى فى حكمه الصادر فى ١٦ يوليو سنة ١٩٥٢ فى قضية (électricité de France)^(٢) ، التى تتميز بأن القوة القاهرة (الحرب) قد أدت الى هلاك موضوع العقد . ومن ثم فقد أدرجنا هذا الحكم فى تطبيقات الفسخ بقوة القانون .

ولكن هل يسرى الحكم السابق على جميع صور القوة القاهرة - بهذا المعنى - والتى لا يكون أثرها بمثل هذا الوضوح ؟ هذا ما يتشكك فيه الفقيه دى لوبادير . فهو يرى أنه يتمين فى هذه الحالة التفرقة بين الفسخ الذى يطلبه المتعاقد ، وذلك الذى تطلبه الادارة :

ففيما يتعلق بالمتعاقد يرى الفقيه دى لوبادير ، أنه يتمين عليه أن يلجأ الى القضاء للحصول على حكم بانفساخ العقد للقوة القاهرة^(٣) .

(١) بلانويول وريبير ، بند رقم ٤١٣ ، كابيتان مؤلفه بعنوان «De la cause des obligations» ، الطبعة الثالثة ، بند رقم ١٣٩ .

(٢) وقد سبقت الاشارة اليه .

(٣) مطوله فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ١٤٩ . وقد استند فى رأيه الى حكمين صادرين من مجلس الدولة الفرنسى فى ٣٠ يونية سنة ١٩٣٧ فى قضية «Commune d'Avrieux» وفى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٧ فى قضية «Torqueto» المجموعة ص ٨٧١ .

أما فيما يتعلق بالإدارة فإنها تستطيع إنهاء العقد بقرار منها
استنادا إلى القوة القاهرة ، فيصبح الفسخ هنا فسخا إداريا^(١) .

وهذا الرأي - رغم مجافاته لفكرة القوة القاهرة كسبب يؤدي
إلى الاستحالة المطلقة في تنفيذ الالتزامات العقدية - يضع في
الاعتبار الظروف الخاصة بالعقود الإدارية ، والتي تستلزم
الاستمرار في أداء الخدمة حتى لا يتوقف المرفق مهما كان الثمن .
وبالتالي يجب ألا يترك للأفراد حرية تقدير ما يعتبر من
قبيل القوة القاهرة ، مع مراعاة أن هذا الحل لن يشغل عليهم في
شيء اللهم إلا في رفع الأمر إلى القضاء للتأكد من أن ما يستند
إليه المتعاقد هو من قبيل القوة القاهرة التي لا شك فيها .

(ب) المعنى الثاني للقوة القاهرة ، وهو التوسع الذي حققه
مجلس الدولة الفرنسي بمقتضى حكمه الصادر في ٩ ديسمبر سنة
١٩٣١ في قضية (Cie de tramways de cherbourg) (مبقت)

ولقد أوضحنا فيما سبق أن الظرف الطارئ يمتاز عن القوة
القاهرة ، بأنه لا يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام ، بل يجعل ذلك
التنفيذ مرهقا . وبالتالي فإن المتعاقد لا يمكنه أن يستند إلى هذا
الظرف للمطالبة بتحرره من التنفيذ ، أي بانقضاء العقد ، وكل
ما له من حقوق ينحصر في المطالبة بالتعويض . أما القوة القاهرة ،
فإنها تخول المتعاقد - وفقا للتفسير الذي أشرنا إليه - الحق في
المطالبة بفسخ العقد قضائيا .

ولقد كان مجلس الدولة الفرنسي حتى سنة ١٩٣٢ يلتزم هذا
المسلك . ولكنه حوره في هذا التاريخ ، إذ خول كلا من الإدارة
والمتعاقدين معها ، الحق في طلب فسخ العقد قضائيا ، إذا تبين أن العقد
الإداري لن يعود إليه توازنه رغم مساعدة الإدارة ، وأنه قد أصبح
غير قابل للحياة بدون هذه المساعدة المستمرة .

(١) واستند إلى حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٧ مايو سنة ١٩٥٢ في
قضية «*Compagnie*» المجموعة ص ٢٢٥ .

وبهذا المعنى ، أصبح حكم الظروف الطارئة فى هذا الخصوص ، هو حكم القوة القاهرة ، مما دفع الفقهاء الى القول بأن مجلس الدولة الفرنسى قد استحدث فكرة ادارية عن القوة القاهرة (force majeure administrative) ولكن الفسخ القضائى فى هذه الصورة الثانية قد يكون مصحوبا بالحكم بتعويض ، يحكم به على المتعاقد المتعنت ، والذي يكون قد أدى بتصرفه الى الوصول الى تلك النتيجة .

ولم نجد قضاء لمجلس الدولة المصرى فى هذا الصدد حتى الآن . ولكن يمكن الأخذ بما وصل اليه مجلس الدولة الفرنسى من نتائج فى هذا الصدد .

الفرع الثانى

الفسخ القضائى كجزء خطأ المتعاقد

١ - رأينا عند دراسة الجزاءات التى تتسرب على الاخلال بالالتزامات العقدية أن للمتعاقد المضروب أن يطالب بفسخ العقد قضائيا ، اذا بلغت المخالفة حدا كبيرا من الجسامة ، لا تجدى فى مواجهته الجزاءات الأخرى . ورأينا أيضا أن موقف الادارة يختلف عن موقف المتعاقد فى هذا الخصوص على النحو التالى :

أولا : بالنسبة للمتعاقد : لا بد من أن يلجأ الى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد فى جميع الحالات ، كما سبق أن ذكرنا . والقضاء لا ينطق بالفسخ الا اذا أخطأت الادارة خطأ جسيما . واذا حكم به ، فان آثاره ترتد الى يوم رفع الدعوى ، كما أنه يتم على مسؤولية الادارة . وكل ذلك وفقا للتفصيل الذى عرضنا له فى موضعه من هذا المؤلف .

ثانيا : بالنسبة الى الادارة : تستطيع الادارة ، كما هو معروف ، أن تلجأ الى فسخ العقد بقرار ادارى منها استنادا الى خطأ المتعاقد فى تنفيذ التزاماته العقدية . ولكن القضاء يستثنى من ذلك حالة امتياز

المرافق العامة ، فيجعل انهاءها من اختصاص القضاء الا اذا تضمن المقد حكما يقضى بغير ذلك .

وللادارة بطبيعة الحال ، أن تنزل عن استعمال حقها في فسخ المقد ، وتسلك سبيل التقاضى كالمتعاقدين الآخر ، حتى تضمن عدم رجوع المتعاقد عليها بالتعويض ، اذا ثبت أنها قد أمضت استعمال هذا الحق ، أو استعملته استعمالا غير مشروع .

٢ - وقضاء المحكمة الادارية العليا غنى في هذا المجال ، نكتفي منة بالأمثلة الآتية :

(أ) حكمها الصادر في ٢ يناير سنة ١٩٦٥ (س ١٠ ، ص ٢١٦) وبمقتضاء اعترفت المحكمة للادارة بالحق في فسخ المقد اذا أخطأ المتعاقد خطأ يستوجب هذا الجزاء .

(ب) حكمها الصادر في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٦٦ (س ١٢ ، ص ٢٦٠) وفيه تؤكد أن قضاءها قد جرى على أن من حق طالب الفسخ - اذا ما أجيب الى طلبه - أن يرجع بالتعويض على الطرف الذى تسبب بخطئه فى طلب الفسخ ، وأن هذه القاعدة تسرى على المقود المدنية .

(ج) حكمها الصادر في ٩ يناير سنة ١٩٧١ (س ١٦ ، ص ١٣٠) وفيه تسمح بالجمع بين الفسخ ، ومصادرة التأمين وطلب التعويض . وفى هذا الحكم تطبق المحكمة قضاءها المستقر فى هذا الصدد والذى أبرزته فى حكمها الصادر فى ٢ يناير سنة ١٩٦٥ (سبق) حيث تؤكد أن رجوع الادارة بالتعويضات الأخرى على المتعاقد معها المقصر فى حقها ، عند مصادرة التأمين الذى يقل عن مستوى التعويض الكامل ، لا يستند الى اعتبار المقد قائما ومنفذا على حساب المتعاقد ، مع أنه سبق فسخه - على نحو ما اتجه اليه الحكم المطعون فيه - وانما يستند ذلك الرجوع الى أحكام القواعد العامة فى أى عقد كان ، وتلك الأحكام تقضى بأن كل خطأ ترتب عليه ضرر يلزم من

ارتكبه بالتعويض ، وبقدر قيمة الضرر ، وهذه الاحكام لا تتعارض البتة مع فكرة التأمين في العقود الادارية بوجه عام . ولا غرو فان فروق الأسعار ، ونزول جعل المقاصف ، وما يضيع على جهة الادارة من كسب محقق ، كل أولئك تمثل في حقيقتها أضرارا فعلية ، وقيما معلومة لحقت الادارة وتماقبت عليها من جراء اخلال المتعاقد معها بتنفيذ ما التزم به قبلها «^(١) .

الفرع الثالث

الفسخ القضائي كموازن لسلطات الادارة

تملك الادارة - على التفصيل الذى أوردناه فى موضعه - حق التدخل فى مجال العقود الادارية ، وزيادة التزامات المتعاقد أو انقاصها . ولقد ذكرنا أن هذا الحق مشروط بالألا تتجاوز تلك التعديلات حدودا معينة ، وألا تؤدي الى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب ، أو الى تغيير جوهره بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عقد جديد ما كان ليقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة . وإذا تخطت الادارة تلك الحدود ، فان للمتعاقد - اذا وجد أن التعويض لن يجديه فى مواجهة الظروف الجديدة - أن يلجأ الى القضاء للمطالبة بفسخ العقد . وهذا حق مقرر للمتعاقد فى مصر وفى فرنسا كما سبق أن أوضحنا .

وإذا حكم القاضى بالفسخ ، فان آثاره ترتد الى تاريخ رفع الدعوى . ويصحب هذا النوع من الفسخ تعويض باستمرار ، يطفى جميع ما يلحق المتعاقد من اضرار ، وما يفوته من كسب ، بسبب

(١) وبذات المعنى حكماها المصادر فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٦٥ ، ص ١١ ، ص ٥٧ . وفى هذا الحكم قررت المحكمة أن « للادارة أن تجرى مقاصة بين ما هو مستحق لها وما هو مستحق للمتعاقد قبلها أو قبل أية مصلحة حكومية أخرى ، ما دام المقد يخلوها صراحة الحق فى اجراء الخصم ، دون حاجة الى اتخاذ اجراءات قانونية أو قضائية ... » . مهما كان سبب الاستحقاق لدى المصلحة نفسها أو أية مصلحة حكومية أخرى . » . ولقد سبق أن رأينا أن الجمعية العمومية للقسم الاستشارى قد أطلقت هذا الحق للادارة ، حتى ولو لم ينص عليه فى العقد .

الحكم بفسخ العقد ، لأن مرجع الفسخ بالفرض ، الى تصرف الادارة •
وهو ما أكدته المحكمة الادارية العليا فى أحكامها التى سبقت الاشارة
اليها فى الفقرة السابقة •

المبحث الرابع

الفسخ عن طريق الادارة

ان حق الادارة فى فسخ العقود الادارية بقرارات تصدر منها ،
لهو من الخصائص البارزة التى تميز نظام العقود الادارية ، عن
النظام المقرر فى القانون الخاص • ولدراسة هذه الوسيلة مع وسائل
انقضاء العقود يميز الفقهاء بين حالتين :

أولاً - حالة الفسخ المنصوص عليه فى العقد أو بمقتضى نص فى
القوانين أو اللوائح •

ثانياً - حالة الفسخ خارج نطاق النص •

وفيما يلى نعرض لدراسة كل من الحالتين :

الفرع الأول

الفسخ المنصوص عليه

١ - قد يرد النص على حق الادارة فى فسخ العقد ، فى شروط
ذلك العقد • وهنا لا صعوبة فى الأمر ، لأن هذا التقليد مألوف فى
عقود القانون الخاص • وكل ما فى الأمر ، أن النص فى العقد الادارى
صرحة على حق الادارة فى الفسخ كجزء لمخالفات معينة ، لا يمكن
أن يجب حقها فى الالتجاء الى جزاء الفسخ فى حالة ارتكاب المتعاقد
لمخالفات أخرى غير تلك المنصوص عليها فى العقد ، نظراً لأن الادارة
لا تستمد حقها فى توقيع هذا الجزاء من نصوص العقد ، ولكن من
طبيعة العقد الادارى • ولهذا قلنا ان الادارة لا تستطيع أن تتنازل
عن سلطتها تنازلاً كاملاً أو جزئياً • وكل ما لهذه الشروط من أثر ،

انما يظهر في حالة الحكم بالتعويض عن الأضرار التي تصيب المتعاقد نتيجة لاخلال الادارة بالتزاماتها التعاقدية ، على التفصيل الذي سبق ذكره .

٢ - وقد يرد النص على حق الادارة في فسخ العقد في نصوص القوانين أو اللوائح . ومن أوضح الأمثلة على ذلك نص المادة ٢٧ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والمادة ٢٨ من ذات القانون والتي تخول الادارة حق فسخ العقد الاداري في حالات عديدة . كما ورد النص على حق الادارة في الفسخ في نصوص لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة ، وقد عرضنا لها في موضعها مع هذا المؤلف . ولقد سبق أن أوضحنا النتيجة القانونية التي تترتب على النص صراحة على حق الادارة في الالتجاء الى الفسخ في مواجهة حالة معينة .

الفرع الثاني

الفسخ غير المنصوص عليه

١ - وفي هذه الحالة تتجلى أصالة هذا الحق . والمسلم به في هذا الخصوص أن حق الادارة في إنهاء عقودها هو أمر مسلم به ، حتى ولو لم يرتكب المتعاقد أى خطأ (droit de résiliation sans faute)

وقد اعترف به مجلس الدولة الفرنسي بالنسبة الى كثير من العقود الادارية الهامة ، ومن ذلك على سبيل المثال :

(أ) بالنسبة الى عقود الاشغال العامة ، حكمه الصادر في ٥ فبراير سنة ١٩٢٥ في قضية (Demenehy) (١)

(ب) وبالنسبة الى عقود التوريد ، حكمه الصادر في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ في قضية (Nadim Tewtel) (٢) .

(١) المجموعة ، ص ١٢١ .

(٢) المجموعة ص ١٠٤٨ ، وحكمه في ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٢ في قضية Sté. Weil Haernigors المجموعة ص ٩٤١ .

(ج) وبالنسبة الى عقود شغل المال العام ، حكمه الصادر في ٤ يناير سنة ١٩٥٤ في قضية (Lerey) ^(١) .

(د) وبالنسبة الى عقود التوظيف : حكمه الصادر في ٢٨ يوليو سنة ١٩٥١ في قضية (Anboim) ^(٢) .

(هـ) وبالنسبة الى عقود الامتياز : حكمه الصادر في ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٢ في قضية (Consorts simongiovanni) ^(٣) .

ولم يقتصر مجلس الدولة الفرنسى على تطبيق المبدأ فى أحكامه الخاصة بكل عقد ادارى على حدة ، بل ان من أحكامه ما أكد حق الادارة فى انتهاء العقود الادارية دون خطأ من جازب المتعاقد كقاعدة عامة ، ذات تطبيق شامل * ومن ذلك :

(أ) حكمه الصادر فى ٣ يوليو سنة ١٩٢٥ فى قضية (de Mestral) ^(٤) حيث يقول

«Il appartenait à l'administration, en vertu de ses pouvoirs généraux, de mettre fin, moyennant une compensation éventuelle, à l'application du contrat».

(ب) وحكمه الصادر فى ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ فى قضية : «Min. de la guerre» ^(٥) حيث يؤكد :

«La résiliation a été la consequence de l'exercice par l'administration militaire de pouvoir qui lui appartient en vertu de droit commun»

(ج) وأخيرا حكمه الصادر فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ فى قضية : «Gargiulo» ^(٦) وقد جاء فيه :

-
- (١) مجموعة دالوز سنة ١٩٥٤ ، ص ٦٤٧ .
 - (٢) مجلة القانون العام ، سنة ١٩٥٢ ، ص ٥٣٥ .
 - (٣) المجموعة ص ٣٦٢ .
 - (٤) وقد سبق الإشارة اليه .
 - (٥) المجموعة ص ١٨٠ .
 - (٦) المجموعة ص ١١٩٨ .

«La résiliation) ... n'a pu intervenir qu'en vertu de pouvoir général appartenant à l'administration de rompre, si elle le juge utile, les marchés passés par elle pour les services publics sous réserve d'indemniser l'entrepreneur».

٢ - هذا ، ولقد سلم مجلس الدولة المصرى فى أحكامه بهذا الحق للإدارة كقاعدة عامة ، تشمل جميع العقود الإدارية ، ودون حاجة الى نص ، بل لقد جعل من هذا الحق طابعا مميزا للعقود الإدارية فى معظم الأحكام التى أشرنا إليها • ونكتفى هنا بأن نورد على سبيل المثال حكما من أحكام محكمة القضاء الإدارى ، وحكما آخر من أحكام المحكمة الإدارية العليا يؤيد ما نادى به محكمة القضاء الإدارى :

(أ) حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢^(١) حيث تقول : « ... أن العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية فى أنها • تستهدف مصلحة عامة لسير العمل فى مرفق عام ، وأن كفتى المتعاقدين فيها غير متكافئة ، اذ يجب أن يراعى فيها دائما وقبل كل شيء تغليب الصالح العام على مصلحة الأفراد • • • ويترتب على ذلك أن للشخص المعنوى الحق فى مراقبة تنفيذ العقد ، وفى تغيير شروطه بالإضافة والحذف والتعديل ، وفى إنهائه فى أى وقت طالما أن المصلحة العامة المنشودة منه تستلزم ذلك • • • » •

(ب) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٧ (س ٢ ص ٩٣٧) حيث تؤكد أن « العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذى يستهدف العقد تسييره ، وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الأفراد الخاصة • • • ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الاشراف والتوجيه على تنفيذ العقود ، وأن لها دائما حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يتراعى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام • • كما

(١) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة السابعة ، ص ٧٦ ، وقد اخترنا هذا الحكم القديم بالذات لتبرز أن المحكمة قد تنهت الى هذه الخصيصة من خصائص العقود الإدارية منذ وقت متقدم •

يعترب عليها كذلك أن للادارة دائما سلطة انهاء العقد ، اذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام . وليس للطرف الآخر الا الحق في التمويضات ان كان لها وجه ، على خلاف الأصل في العقود المدنية . » وبتطبيق هذا المبدأ على القضية المعروضة استطلردت قائلة « . . فاذا ثبت أن البوية المتعاقد عليها مع أحد أسلحة الجيش أصبحت غير صالحة للغرض المتعاقد من أجله عليها بسبب تغيير صنف الجلد المستعمل لأحذية الجنود ، فللادارة أن تتحلل من تعاقدتها ، وتعمل سلطتها العامة في انهاء العقد ، مع تمويض المتعاقد عما أصابه من ضرر . . . » (١) .

٣ - وأساس حق الادارة في انهاء العقد قبل الأوان ، هو ذات الأساس الذي شرحناه عند دراسة حق الادارة في تغيير بعض شروط العقد . ولهذا فإن الأحكام التي ذكرناها بخصوص حق التعديل تصدق في هذا المجال ، باعتبار ان الانهاء ينصب على الشرط الخاص بمدة العقد ، فيتمين أن تجد ظروف تستدعي هذا الانهاء ، وأن يكون رائد الادارة في الالتجاء اليه لتحقيق الصالح العام . ومن ثم فإن للادارة أن تنهى العقود الادارية اذا أصبحت غير ذات فائدة للمرفق العام ، أو أضحت لا تحقق المصلحة العامة المقصودة . ولقد قدمت لنا المحكمة الادارية العليا مثالين طيبين في الحكمين اللذين أشرنا اليهما ، حيث غير الجيش نوع الجلد الذي تصنع منه الأحذية ، وبالتالي غدت البوية التي تعاقد الجيش على توريدها غير ذات فائدة . ومن ثم لم تكن المصلحة تقتضى أن تواصل الادارة تنفيذ عقد التوريد ، وتسلم باقى الصفقة التي تعاقدت على توريدها . وفي الحكم الآخر تبين للادارة أن المباسق التي تعاقدت وزارة الصحة على توريدها « لا تفي بالغرض المطلوبة من أجله » .

(١) وما تزال المحكمة الادارية العليا ترد ذات المبدأ في أحكامها الحديثة ، ومن ذلك حكمها الصادر في ٢ مارس سنة ١٩٦٨ (ص ١٣ ، ص ٦٢٥) وقد جاء فيه : « . . ان للادارة دائما سلطة انهاء العقد اذا قدرت أن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام ، ولا يكون للطرف الآخر الا الحق في التمويض ان كان له وجه حق ، وذلك كله على خلاف الأصل في العقود المدنية » .

ولما كان حق التعديل يتناول جميع العقود الادارية ، فان سلطة الانهاء تمتد الى جميع العقود الادارية أيضا ، بشرط تحقيق الأساس الذى تقوم عليه . ولهذا فان تشكك بعض الفقهاء فى وجود قاعدة عامة بهذا الخصوص لا محل له ، ولا يؤيده لا قضاء مجلس الدولة الفرنسى ولا المصرى كما رأينا ، وان كان ثمة بعض العقود الادارية التى يكون من المسير تحقيق شروط التعديل فيها . فحق التعديل - بما فيه سلطة الانهاء - لا يمكن استعماله الا لتحقيق صالح المرفق . والعقود المالية بطبيعتها لا تمس المرافق العامة بطريق مباشر ، وبالتالي لا يجوز انهاؤها قبل الأوان . ومثال ذلك عقد القرض العام ، فانها مثل هذا المقعد لا بد وأن يستهدف تحقيق مصالح مالية للادارة لامصالح عامة^(١) .

٤ - وللإحاطة بمدى حق الادارة فى انهاء العقود الادارية ، يتعين مراعاة الأحكام التالية :

أولا - أن حق الادارة فى انهاء العقود الادارية ليس سلطة مطلقة ، تلجأ اليها الادارة كيفما أرادت

«Une pure faculté discretionnaire»

ولكنها سلطة تقديرية ، يجب أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة ، على النحو الذى أوضحته الأحكام الادارية التى أوردنا نصها ، سواء فى فرنسا أو فى مصر . ومن الأسباب التى تبرر الالتجاء الى تلك السلطة من قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، زوال الغرض الذى من أجله تعاقدت الادارة (La disparition des besoins du service public)

ومن أوضح الأمثلة على ذلك وقف القتال ، الذى يؤدى الى تخويل الادارة حق انهاء عقود التوريد المتعلقة بالمجهود الحربى . ولقد التزم مجلس الدولة الفرنسى هذا المسلك عقب الحربين العالميتين الأولى والثانية^(٢) .

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٢ فى قضية «Oreihel et Leclères» المجموعة من ٧٥ .

(٢) حلى سبيل المثال حكمه الصادر فى ٩ يناير سنة ١٩٢٥ فى «Chantiers de

من تلك الأسباب أيضا إلغاء المرفق العام ، أو تعديل نظامه على نحو يؤدي الى الاستغناء عن العقود المتعلقة به (La suppression ou la transformation du service public) ومثال ذلك إلغاء عقود التطوع للغاء الوظائف الخاصة بالمتطوعين نتيجة لاعادة تنظيم المرفق العام ، أو إلغاء عقد الامتياز نظرا لتحويل طريقة الادارة من الامتياز الى طريقة الادارة المباشرة .. الخ .

ثانيا - ان الادارة حين تستعمل تلك السلطة ، انما تسبعلها تحت رقابة القضاء . وللقاضي الادارى بناء على طلب المتعاقد أن يتحرى الأسباب الحقيقية التي دفعت الادارة الى انتهاء العقد . ويصح القرار الصادر بالانتهاء غير مشروع ، اذا قام الانهاء على سبب غير سليم ، أو اذا استهدفت الادارة مصلحة غير المصلحة العامة .. الخ^(١) .

ثالثا - ولكن سلطة القاضي محدودة في هذه الحالة ، فهي مقصورة على التحقق من جدية السبب الذى استهدفته الادارة . ولكنه لا يملك التصدى لبحث مدى ملائمة انتهاء العقد للسبب الذى قام عليه الانهاء^(٢) . وهكذا تختلف رقابة القضاء في هذا المجال عنها في حالة رقابة فسخ العقد كجزاء لخطأ المتعاقد : ففي هذه الحالة الأخيرة ، للقاضي أن يبحث مدى ملائمة الفسخ كمقوبة للخطأ المنسوب الى المتعاقد .

هذا ، ويلاحظ أن القرار الصادر بانتهاء العقد الادارى ليس من اللازم أن يكون مسببا . ولكن هذا المبدأ لا بد وأن يطراً عليه

= Nazaires المجموعة ص ٢٨ . وبعد الحرب العالمية الثانية ، حكمه الصادر في ٢٣ يناير سنة ١٩٥٣ في قضية «Chambouvet» المجموعة ص ٥٠ .

(١) حكم المجلس الصادر في ٢١ مايو سنة ١٩٣٠ في حكم «Santonis» المجموعة ص ٥٢٣ ، وحكمه في ٢٩ يوليو سنة ١٩٥٣ في قضية «Entre. Duval» مجلة القانون العام سنة ١٩٥٤ ص ١٩٨ .

(٢) وهذا هو منطلق حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ في قضية «Garguile» وقد سبقت الاشارة اليه .

بمض التغيير فى فرنسا بعد صدور قانون فى ١١ يوليو سنة ١٩٧٩
(والذى نفذ من ١١ يناير سنة ١٩٨٠) ، يوجب فى مادته الأولى
تسبب جميع القرارات الفردية التى تلتق ضررا بالمواطنين .
«decisions administratives individuelles défavorables aux administrés»
ولا مقابل لهذا القانون فى مصر حتى الآن .

رابعا : اذا ثبت للقضاء الادارى أن القرار الصادر بانهاى العقد
لا يقوم على سبب مشروع ، فانه يملك الغاء القرار ، كقاعدة عامة ؛
فيما عدا ما يتعلق بفقود الأشغال العامة ، فلقد رأينا أن مجلس
الدولة الفرنسى يرفض الغاء القرارات الصادرة من الادارة
بخصوصها ، استنادا الى أن الادارة هى صاحبة الأشغال ، وأن لها
مطلق حرية التصرف بخصوصا ، وبالتالي فان حق مقاول الأشغال
العامة يتحول الى تعويض .

ولو نجد حتى الآن أحكاما تفصيلية للقضاء الادارى المصرى فى
هذا الصدد . والأحكام التى أوردناها من قضاء مجلس الدولة
الفرنسى تعتبر بصفة عامة ، مجرد تطبيق للقواعد العامة ، فيما عدا
ما يتعلق بتضييق حق القضاء فى مراقبة مدى ملاءمة السبب الذى
تتبرع به الادارة للقرار الصادر بالانهاى . ولعل مرجع هذا المسلك
الى أن المتعاقد لن يضار من ذلك التضييق ، لأنه سوف يحصل على
التعويض على أية حال كما سنرى حالا .

٥ - ويوازن سلطة الادارة الخطيرة فى انهاى العقد ، حق المتعاقد
فى الحصول على تعويض . وقد حرصت الأحكام التى أشرنا اليها على
إبراز هذا الحق . ولكن مجلس الدولة الفرنسى يستبعد التعويض اذا
تضمن العقد نصا صريحا على حق الادارة فى انهاى لدواعى الصالح
العام دون تعويض^(١) .

غير أن التعويض يخضع للأحكام العامة المقررة فى هذا الصدد .

(١) حكم المجلس الصادر فى ٧ مايو سنة ١٩٥٢ فى قضية «Eley» المجموعة
ص ٢٢٥ .

ومنها شرط حصول ضرر من جراء انهاء العقد . فاذا ثبت أن فسخ العقد لم يرتب ضررا للمتعاقدين فلا تعويض . ومثال ذلك أن تكون العملية قد أسفرت عن خسارة للمتعاقدين^(١) .

وعند تحديد التعويض ، يلجأ القاضى الى النصوص أولا . فاذا لم يكن ثمة نص فى القوانين أو اللوائح أو فى العقد ذاته ، فإن القضاء الإدارى الفرنسى يتبع القواعد الآتية فى تحديد قيمة التعويض : ان التعويض الذى يحكم به فى هذه الحالة ، هو التعويض الكامل ، الذى يغطى جميع ما لحق المتعاقد من خسارة ، وما فات من كسب^(٢) . ويدخل فى تقدير التعويض ، الأضرار المعوية^(٣) .

على أن مجلس لدولة الفرنسى يستبعد من التعويض الذى يمنعه عنصر الأرباح التى تفوت المتعاقد من جراء الفسخ ، فى حالة ما اذا ثبت أن انهاء العقد كان مرجعه الى ظروف خارجية لا يد للادارة فيها ، وتجعل الفسخ نتيجة لا يمكن تجنبها على الأقل من حيث الواقع . ومن أوضح الأمثلة على ذلك قيام الحرب أو انتهاءها^(٤) .

وقد اختلف الفقهاء فى تبرير القضاء السابق : فذهب البعض الى أن استبعاد الأرباح التى تضيع على المتعاقد من جراء فسخ العقد يرجع الى حالة القوة القاهرة التى تواجهها الادارة والتى تؤدى بها

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ فى قضية (Sté. Nerson) المجموعة من ١٣٤٠ ، وفى ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ فى قضية «Teyssseyre» المجموعة من ٩١٢ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ فى قضية «Derin» المجموعة من ٥١٤ وفى ٦ يونية سنة ١٩٣٠ فى قضية «Chantiers maritimes du Midi» المجموعة من ٦١٠ وفى ١٨ مايو سنة ١٩٤٩ فى قضية «Sté. des travaux et constructions» المجموعة من ٢٢٨ .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ١٧ فبراير سنة ١٩٢٦ فى قضية «Sté Garette» المجموعة من ١٨٥ .

(٤) حكم المجلس الصادر فى ٩ يناير سنة ١٩٢٥ فى قضية «Chantiers de St Nazaire» المجموعة من ٢٨ وفى ٥ مايو سنة ١٩٢٦ فى قضية «Min. de la marine» المجموعة من ٤٥٤ وفى ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٩ فى قضية «Labadie» المجموعة من ٩٠ وفى ٢٣ يناير سنة ١٩٥٢ فى قضية (Chambouvet) المجموعة من ٥٠ .

الى فسخ العقد^(١) . ولكن هذا التبرير غير صحيح^(٢) ، لأن انتهاء الحرب ليس دائما من قبيل القوة القاهرة ، على الأقل اذا أخذناها بمعناها التقليدى ، كسبب خارجى يؤدى الى استعالة تنفيذ الالتزام . واذا كان مجلس الدولة الفرنسى قد خرج على هذا المعنى التقليدى ، فيما يتعلق بتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، فانه ليس من المصلحة العامة أن نتوسع فى تطبيقات هذا التوسع . ومن ثم فانه لا يمكن تبرير قضاء مجلس الدولة الفرنسى الا على أساس العدالة المجردة ، ذلك أنه من العدل ، متى فرض على الادارة انهاء العقد ، أن يقتصر التعويض على ما يتحمله المتعاقد من خسائر فعلية دون حساب للأرباح المحتملة .

وفي حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٢ مارس سنة ١٩٦٨ (سبق) نجد أن ادارة المشتريات بمصلحة المخازن بوزارة الصحة قد طلبت توريد عدد كبير من المياصق الزجاجية . فتقدم أحد الأفراد بمطاء على أساس توريد الكمية المطلوبة وفقا لمينة تقدم بها هو ، وقد قررت لجنة البت قبول المطاء على أساس عينة قسم الصدر التى لم يستدل عليها . ولما طرح النزاع أمام القضاء ، قررت المحكمة الادارية العليا - بعد فحص ظروف الحال - أن أحكام المادتين ١٢٠ و ١٢١ من القانون المدنى الخاصتين بتحديد الغلط لا تنطبق أحكامهما فى هذه الحالة لأن « تحديد الجهة الادارية المتعاقدة للصنف المطلوب على هذا النحو لا يعد من قبيل الغلط لتلاقى الارادتين على العينة التى كانت محل اعتبار عند التعاقد ... » وأن السبب الحقيقى لرفض الادارة تسلم المياصق « هو عدم الحاجة للمياصق الموردة بعد أن تمسكت مصلحة الأمراض الصدرية بأنها لا تصلح مبصقة فى وحداتها ، وأنه ليس لها وجه للانتفاع بها » . وعقبت المحكمة الادارية العليا على ذلك بإيراد المبدأ الذى سبق ذكره من

(١) بهذا المعنى ، تعليق الأستاذ فالين ، على حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٠ سبتمبر سنة ١٩٤٥ والنشور فى مجموعة (Recueil Pénant) سنة ١٩٤٧ ، ص ١٨٠ .

(٢) راجع فى انتقاده رسالة الدكتور ثروت بدوى ، المرجع السابق ، ص ١٤٥ وما بعدها .

أنه إذا كان من حق الإدارة إنهاء العقد لدواعي الصالح العام ، فإن المتعاقد لم يخطئ ، وبالتالي يتعين تعويضه ، وقالت انه « طبقا لهذه القواعد فإنه يحق للجهة الادارية أن تتحلل من تعاقداتها الماثلة بعد ما تحقق لها أن الأصناف الموردة والتي تم التعاقد عليها لا تفي بالفرض المطلوبة من أجله ، ويعتبر العقد بذلك كأن لم يكن ، وتعود الحال الى أصلها قبل التعاقد ، فتقوم الجهة الادارية بتسليم المدعى الأصناف التي قام بتوريدها ، والتأمينات التي دفعها ، وما الى ذلك ، على أن يرد هو بدوره للجهة الادارية ما يكون قد حصل عليه منها تنفيذا لهذا العقد » .

ولما كان المتعاقد لم يخطئ كما ذكرنا ، فإن المحكمة الادارية العليا قررت تعويضه ، ولكنها في حساب مبلغ التعويض قدرت أن المتعاقد يمكن أن يفيد من طرح الأصناف للبيع في السوق ببطء ، فمنحته مبلغ ٤٠٠ جنيه ، وكان المبلغ المطلوب - والذي قضت به محكمة القضاء الادارى - ١٧٠١ جنيها .

تلك هي الأسباب العامة التي تؤدي الى نهاية العقود الادارية ، سواء اكانت تلك النهاية طبيعية ، أو مبتسرة . ولكن المشرع قد يصدر في بعض الأحيان تشريعات خاصة ، لتنظيم كيفية فسخ بعض العقود في حالات خاصة ، لا سيما فيما يتعلق بظروف انتهاء الحرب والتي أشرنا اليها . وفي هذه الحالات يكتفى القضاء الادارى بتطبيق تلك النصوص التشريعية ، سواء فيما يتعلق بكيفية الانهاء أو بتقدير التعويض^(١) .

وهذا التنظيم مستقل كل مشرع بتقديره وفقا للظروف المحلية الخاصة بكل دولة . ومن ثم فإنه لا يميننا في هذا المقام .

(١) راجع في التفاصيل مطول الأستاذ دى لوبادير في العقود ، الجزء الثالث ، ص ١٦٨ وما بعدها .

المبَابُ الثَّانِي

دراسة خاصة لانقضاء عقود الامتياز

والأشغال العامة والتوريد

سوف تتيح لنا هذه الدراسة الاحاطة بالخصائص الذاتية لكيفية انقضاء العقود الادارية - ولهذا يجرى الفقهاء الذين تناولوا موضوع العقود الادارية بالدراسة ، على تطبيق القواعد العامة في نهاية العقود الادارية على هذه العقود الادارية الثلاثة ، باعتبار أنها أهم العقود الادارية المسماة - ولقد رأينا أنه من المصلحة متابعة هذا المسلك .

الفصل الأول

نهاية عقد الامتياز

وندرس هذا الموضوع على الترتيب التالي :

أولا : مدى انطباق الأسباب العامة لنهاية العقود الادارية في حالة عقود الامتياز .

ثانيا : دراسة خاصة لنهاية عقود الامتياز عن طريق الاسترداد .

ثالثا : تصفية عقد الامتياز .

المبحث الأول

نهاية عقد الامتياز وفقا للطرق العامة لانقضاء العقود

الفرع الأول

النهاية الطبيعية لعقد الامتياز

١ - ينتمي عقد الامتياز الى طائفة العقود الزمنية ، التي يعتبر ان زمن عنصرها جوهريا فيها . وبالتالي فان النهاية الطبيعية لعقد الامتياز تحل بانقضاء الزمن المحدد لنفاذها . واذا كان موضوع عقد الامتياز هو الالتزام بتسيير مرفق عام ، وكان المفروض أن يستمر المرفق في أداء الخدمة المنوطة به الى زمن غير محدد ، فان المسلم به في فرنسا^(١) وفي مصر ، أن التزامات المرافق العامة لا يمكن أن تكون مؤبدة . ولقد سبق أن ذكرنا أن دستور سنة ١٩٢٣ قد حرم تأييد تلك العقود ، وأن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ قد وضع حدا أقصى لمدة نفاذ عقود الامتياز هو ٣٠ سنة^(٢) .

(١) مطبول جيز في العقود ، الجزء الثالث ، ص ١١٤١ : وسوجز بونار في القانون الاداري ، الطبعة الرابعة ، ص ٧٥٨ وما بعدها ، ومطبول دي لوبادير في العقود ، الجزء الثالث ، ص ١٧٦ .

(٢) تنص المادة الاولى من القانون السابق على أنه « لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد على ثلاثين سنة » .

وتحدد المدة المقررة لنفاذ عقود الامتياز بمقتضى العقد ذاته ،
وفي نطاق المدة المقررة بمقتضى القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ .
فاذا أغفل العقد تحديد المدة - وهو فرض نادر الوقوع عملا -
فلا مناص من اعتبار تلك المدة ٣٠ عاما ، باعتبار أن تلك المدة هي
أقصى ما يمكن أن يتفق عليه الطرفان .

ويبدأ سريان تلك المدة من تاريخ المصادقة النهائية على العقد
«La date d'approbation du contrat» وبانقضاء المدة المحددة من هذا
التاريخ ينقضى العقد بقوة القانون .

٢ - ولكن تحديد مدة العقد بحد أقصى قدره ثلاثون عاما ،
لا يحول دون تجديد عقد الامتياز عند نهاية المدة «renouvellement»
كما أنه لا يمنع من مد المدة المتفق عليها أصلا في العقد :
«prolongation» ولكن يجب عندنا التمييز بين الحالتين : أما فيما يتعلق
بالتجديد ، فلا شك في امكان حدوثه ، ذلك أن القانون رقم ١٢٩
لسنة ١٩٤٧ ، اذا كان قد حدد مدة العقد الأصلي بثلاثين عاما ،
فانه لم يمنع التماقد مرة أخرى مع ذات الملتزم بمقتضى عقد
جديد . وبالتالي يجوز للملتزم القديم ، عند انقضاء عقده القديم ،
أن يتقدم للتعاقد مرة أخرى ، ولمدة جديدة ، بمقتضى عقد جديد ،
اذا ثبت للادارة أنه أصلح المتقدمين لأداء الخدمة المطلوبة . أما
فيما يتعلق بمد المدة المتفق عليها في العقد الأصلي ، فإن الأمر
بخصوصها يحتاج الى شيء من الايضاح : ذلك أننا لو أطلقنا حرية
الادارة في الاتفاق على مد المدة المتفق عليها في العقد أصلا لأصح
نص المادة الأولى من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ لنوا ، ولهذا
فيجب أن نفرق بين حالتين :

الأولى : أن تكون المدة المتفق عليها في العقد الأصلي أقل من
ثلاثين عاما . وهنا يجوز للادارة الاتفاق على مد المدة بما لا يجاوز
الحد الأقصى المنصوص عليه قانونا .

والحالة الثانية : أن تكون المدة المقررة فى العقد هى ثلاثون عاما ، وهنا لا يجوز مد هذه المدة الا بمراجعة أحكام تجديد العقد .

وسواء تعلق الأمر بالتجديد أو بمد العقد لفترة أخرى ، فيجب أن تكون نية الطرفين واضحة ، وقد تم التعبير عنها بما لا يدع مجالا للشك^(١) . ويجب أن يصدر التجديد أو المد من السلطة المختصة بإبرام العقد الأصل^(٢) . وتثور هنا بمض الصعوبات والتي مردها الى ضرورة مراعاة الطريقة التي يجب التزامها عند إبرام عقد الامتياز ، لا سيما ما تعلق بموافقة البرلمان على النحو الذى سبق تفصيله فى موضعه من هذا المؤلف .

ولما كان التجديد يعتبر عقدا جديدا ، فلا مناص من التزام الطريق الذى يفرضه المشرع لإبرام العقد الأول . ونذكر فى هذا الخصوص بنص المادة الأولى من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ والتي تقضى بأن «يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، وكذلك أى تعديل فى شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الاتاوة (العائدات) بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة (مجلس الشعب)» .

٣ - وأحيانا يحتوى عقد الامتياز على شرط أولوية الملتزم القديم عند التجديد «Clause de préférence» وهذا الشرط يعنى أنه عند نهاية العقد الأصلى ، واذا أرادت الادارة الاستمرار فى ادارة المرفق موضوع التعاقد عن طريق الالتزام ، فإن الملتزم القديم يفضل عند تساوى الشروط والظروف بينه وبين المتقدمين الجدد للتعاقد (à conditions égales) وهذا الشرط مشروع ، ويتمين على الادارة

(١) حكم المجلس الصادر فى أول ديسمبر سنة ١٩٤٣ فى قضية pempe (Sté. des pempe - funebre Lamy - Trouvain ، المجموعة ص ٢٧٥ -

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١١ أبريل سنة ١٩٣٠ فى قضية (Lacambre) المجموعة ص ٤٤٢ .

احترامه ، لأنه لا يتنافى مع مقتضيات سير المرفق العام ، بل ان
العدالة تحتمه لأن الملتزم القديم ، يمتاز عن «مائر المتقدمين المجدد
للتعاقد ، بأنه اكتسب خبرة في ادارة المرفق محل التعاقد ، وبالتالي
فمنعد تساوى الظروف بينه وبينهم ، فان كفته تكون الراجعة » .

ويميز الفقهاء فى فرنسا بين شرط التفضيل السابق ، وشرط
التجديد « Clause de renouvellement » (أو شرط مد المدة (clause de
prolongation) باعتبار أن الشرط فى الحالة الأولى معنى قيام عقد
جديد مستقل عن العقد الأول . أما فى الحالة الثانية فان الشرط
يعنى امتداد العقد القديم بذات شروطه . ولكننا نرى أن شرط
التجديد لا يمكن أن يؤدى الى المعنى السابق الا اذا وافق عليه
البرلمان عند تخويل الادارة حق التعاقد . أما اذا لم يتضمن اذن
البرلمان هذا الشرط ، فان التجديد يكون بمثابة عقد جديد ، قد
يتفق مع العقد القديم فى شروطه ، وقد يختلف عنه . أما شروط
مد المدة - فى الحدود التى أوضحناها - فهو الذى يختلف عن شرط
التفضيل السابق .

٤ - ويحدث غالباً أن يهمل الملتزم فى تجديد أدوات المرفق
وآلاته ومشتملاته قرب نهاية المدة المحددة للعقد . ولهذا فان عقود
الامتياز كثيراً ما تتضمن نصوصاً لمواجهة هذه الحالة ، وذلك بالنص
على ضرورة خصم مبالغ محددة من الأرباح وتخصيصها لتجديد
أدوات المرفق ومشتملاته بما يجعلها صالحة لأداء الخدمة عند نهاية
العقد . والمسلم به عادة أن الادارة لا يمكنها أن تحجز هذه المبالغ
الا اذا وجد نص صريح فى العقد بهذا المعنى^(١) .

ولكننا نرى أن حق الادارة فى الاشراف والرقابة يمكنها من
اجبار الملتزم على تجديد أدوات المرفق اذا قصر . واذا هو لم يحترم
ارادة الادارة فانها تستطيع أن تطلب فسخ العقد على مسئوليته

(١) مطول دى لوبادير فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ١٧٩ .

وبالتالى تحبب مسماه ، وترد قصده عليه . ولكن النص على تنظيم هذه المسألة ، يسهل رقابة القضاء ، ويقلل من فرص الخلاف بين الادارة والملتزم . ولهذا تحرص معظم عقود الامتياز كما ذكرنا على تنظيم نسبة المبالغ التى يتعين اقتطاعها من الأرباح ، والمدة التى يبدأ منها الالتزام بتجديد الآلات .

وبانتهاء المدة ، ينقضى العقد بقوة القانون كما ذكرنا ، وبالتالى يتحرر المتعاقد من الالتزام بإدارة المرفق . ولكنه اذا استمر فى الاشراف على المرفق ، وأدام الخدمة المنوطة به ، بحسن نية ، وكان ذلك لفائدة المرفق ، فان له الحق فى المطالبة بالتمويض على الأساس الذى سبق أن أوضحناه .

الفرع الثانى

النهاية المبسرة لعقد الامتياز

قد ينتهى عقد الامتياز - كما هو الشأن بالنسبة الى سائر العقود الادارية - نهاية مبسرة ، قبل المدة المحددة لنفاده . ولكن عقد الامتياز ينفرد - دون سائر العقود الادارية - بخاصيتين أساسيتين ، تقوم عليهما الأحكام المنظمة لهذا الموضوع وهما :

أولا - صلة العقد الوثيقة بالمرفق العام ، والتى تزيد من فرص نهاية العقد قبل ميعاده المحدد .

ثانيا - جسامه المبالغ التى يستلزمها اعداد المرفق ، والتى تستوجب حماية الملتزم .

هذا ويمكن رد أسباب انقضاء عقد الامتياز قبل الأوان الى ثلاثة عوامل : أولا - الاسقاط . ثانيا - الاسترداد . ثالثا - الفسخ لسبب من الأسباب الاخرى . وفيما يلى نعرض لهذه الأسباب وفقا للترتيب السابق :

«La déchéance du concessionnaire»

١ - § اسقاط الالتزام

وهو فسخ العقد على حساب الملتزم نتيجة لخطئه . ولقد سبق لنا دراسة هذه الوسيلة من وسائل انقضاء العقود عند تعرضنا لدرامية الجزاءات التي توقعها الادارة على المتعاقد المقصر . ومن ثم فاننا نكتفى بالاحالة الى تلك الدراسة ، ونكتفى بأن نذكر بأن اسقاط الالتزام لا يمكن الالتجاء اليه - وفقا لقضاء مجلس الدولة لفرنسي - الا بشرطين :

أولا - أن يخطئ الملتزم خطأ جسيما

(une faute de particulière gravité)

ثانيا - أن يحكم به القاضي ، وبالتالي لا تستطيع أن تأمر به الادارة الا بناء على نص صريح في العقد أو التشريع .

ولكن المحكمة الادارية العليا لم تتابع مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد ، وقررت في حكمها الصادر في ١٩٧٧/١٢/٣٠ (مجموعة المبادئ القانونية ، ص ١٩٢٣ ، حكم مطول) : « ليس صحيحا في القانون ، أن هذا الجزاء (سحب الالتزام أو اسقاطه) لا يجوز توقيعه الا بحكم من المحكمة المختصة ، إذ أن مانح الالتزام له سلطات عديدة يملك استعمالها في حالة عدم قيام الملتزم بالوفاء بالتزاماته المفروضة عليه بموجب العقد ؛ فله - بقرار منه - توقيع الغرامات المنصوص عليها بالعقد أو تنفيذ التزامات الملتزم على حسابه ؛ وكذلك له أن يتخذ ما يراه كفيلا لضمان سير المرفق ؛ كما يثبت لمانح الالتزام دائما - بجانب هذه الجزاءات - اسقاط الالتزام اذا أختل المرفق اختلالا جزئيا أو كليا أو اذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة . غاية الأمر أنه يشترط في هذا الصدد توافر شرطين : أولها أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو يتكرر اهماله أو يعجز عن تسييره بانتظام . وثانيهما وجوب انذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء ... ولا يتطلب الأمر حكم من المحكمة المختصة ، بل يكفي فيه قرار من مانح الالتزام ... » وقد سبق لذات المحكمة

تقرير هذا المبدأ في أحكامها السابقة • كما أن قسم الرأى يعتقد ذات المبدأ •

٢ - § استرداد المرفق «Le rachat de la concession»

وهو عبارة عن انهاء الادارة لعقد الامتياز ، قبل نهايته الطبيعية دون خطأ من جانب الملتزم مقابل تعويضه تعويضا عادلا • وفى هذه الطريقة يتجلى بصورة واضحة الاعتبار ان اللذان أشرنا اليهما فيما سبق • ومن ثم فأننا ندرسهما تفصيليا فيما بعد •

٣ - § الأسباب الاخرى لفسخ العقد

وقد يتفسخ عقد الامتياز قبل مدته الطبيعية لأسباب أخرى متفرقة منها :

اولا : الفسخ الاتفاقى «La resiliation conventionnelle» وهو الذى يتم باتفاق بين الادارة وبين الملتزم قبل نهاية مدة الالتزام • وقد يختلط من حيث الواقع بطريقة الاسترداد الاتفاقى «Le rachat contractuel» ولكن الطريقتين مختلفتان : لأن حق الادارة فى استرداد الالتزام هو حق أصيل ، سواء نص عليه فى العقد أو لم ينص عليه • وسوف نرى أثر النص على حق الادارة فى الاسترداد فى عقد الامتياز • أما الفسخ الاتفاقى ، فهو يتم عن تراض كامل بين الادارة والملتزم ، وبمقتضاه يتولى الطرفان تقدير التعويض الذى يناله الملتزم ، وكيفية دفعة • وتلجأ الادارة عادة الى هذه الطريقة اذا قدرت صعوبة الالتجاء الى طريقة الاسترداد التى سوف نعرض لها فيما بعد^(١)

(١) ومن أوضح الأمثلة على ذلك الاتفاق الذى تم بين الدولة فى فرنسا وبين شركات الامتياز الخاصة بمرافق السكة الحديد سنة ١٩٣٧ ، حيث قدرت الحكومة الفرنسية أن طريقة الاسترداد ستكون الدولة مبالغ لا يمكن تدبيرها • وبالتالي فضلت الالتجاء الى طريقة الاتفاق الودى • راجع فى التفاصيل مقال الأستاذ جيز بعنوان «La réorganisation des chemins de fer d'intérêt général» منشور فى مجلة القانون العام ، سنة ١٩٣٢ ص ٥٣٦ •

«La résiliation de plein droit»

ثانيا : الفسخ بقوة القانون

ومن أوضح الأمثلة لهذه الطريقة ، حالة القوة القاهرة ، اذا أدت الى تدمير محل المرفق الذى يدار عن طريق الامتياز . وقد سبق أن أشرنا الى حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٦ يوليو سنة ١٩٥٢ فى قضية «Electricité de France» بهذا الخصوص . ومن ذلك أيضا أن يتضمن العقد نصا بمقتضاه ينقضى العقد فى حالة وفاة الملتزم ، اذا تحقق هذا الشرط ، أو أن يصدر قرار بعل الشركة الملتزمة . ومنه أيضا أن يصدر قانون يتضمن فسخ عقود الالتزام الخاصة بمرفق معين يدار بطريق الامتياز ، وحينئذ يتولى هذا القانون تنظيم طريقة تعويض الملتزم القديم .

ونجد تطبيقا لهذه الحالة فى فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى بمجلس الدولة الصادرة فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٦٤ (س ١٩ ، ص ١٢٨) فقد صدر القانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٦١ بأسقاط التزام مرفق ترام القاهرة ، وقضى بإيلولته وتولى إدارته لمؤسسة النقل العام لمدينة القاهرة ، فقالت الفتوى ان المؤسسة تراث المرفق بحالته وقت اسقاط الالتزام . ولما كان المرفق المشار اليه قد اقتضى قبل صدور قانون الاسقاط بضممان المجلس البلدى ، فان الفتوى انتهت الى أن « تحل المؤسسة محل المجلس البلدى فى كل ما يتعلق بالمرفق ، ولا يكون للمؤسسة مصلحة جدية فى الاعتراض على سداد أقساط القرض ، لأن هذا السداد سيتم ضمن أموال المرفق » .

ثالثا : الفسخ القضائى بناء على طلب الملتزم : ويلجأ الملتزم الى

القضاء طالبا انهاء عقده قبل الأوان لأسباب متعددة منها :

(أ) اذا أخطأت الادارة خطأ جسيما فى تنفيذ التزاماتها .

(ب) اذا عدلت الادارة فى شروط عقد الالتزام بما يخل بتوازنه

الاقتصادى اخلا جسيما يفوق امكانيات الملتزم الاقتصادية أو الفنية أو يغير من جوهر العقد بما يجعله بمثابة عقد جديد ما كان الملتزم ليقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة .

(ج) وأخيرا فقد يطلب الملتزم - أو الادارة - انتهاء عقد الالتزام اذا اختل التوازن المالى للعقد نتيجة ظرف طارئ ، وثبت للملتزم أن التوازن المالى للعقد لن يعود اليه ، وذلك وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى فى قضية «Tramways de Cherbourg» والتي سبقت الإشارة إليها .

المبحث الثانى

طريقة الاسترداد

(Rachat de la concession)

١ - ولقد سبق أن ذكرنا أن هذه الطريقة ان هى الا تطبق لحق الادارة فى انتهاء العقد الادارى قبل ميعاده الطبيعى ، فى مجال عقود الامتياز . ومن ثم فان الاسترداد يتم بقرار ادارى حتى ولو تضمن العقد نصا على حق الادارة فى الالتجاء اليه . فمثل هذا النص كاشف ومنظم لا مقرر لحق جديد كما ذكرنا .

ولقد ذهب رأى الى تكييف الاسترداد بأنه من قبيل نزع الملكية للمنافع العامة^(١) . ولكن هذا الرأى - كما لاحظ فقهاء آخرون - غير صحيح ، لاختلاف النظام القانونى لكل من الاجراءين ، فضلا عن أن الاسترداد ينصب على منقولات بل وعلى أموال ليست مملوكة للملتزم^(٢) . والحقيقة أن الاسترداد ليس الا مجرد فسخ لعقد الالتزام ، امتحالا من الادارة لحقها فى انتهاء العقود الادارية ، دون خطأ من المتعاقد لدواعى الصالح العام .

٢ - ومع التسليم بحق الادارة فى انتهاء عقد الامتياز قبل أوانه

(١) قال بهذا الرأى قديما الفقيه «Colson» فى مؤلفه فى الاقتصاد السياسى ص ٤٢٠ وتيناه حديثا الفقيه جيز ، فى مطلوه فى العقود ، الجزء الثالث ص ١٢٢٣ ، وبونار ، موجزه فى القانون الادارى ، الطبعة الرابعة ، ص ٧٩٦ .
(٢) راجع رسالة الفقيه «Lecomte» فى موضوع «Le rachat des concessions» مقدمة بجامعة باريس سنة ١٩٤٢ ص ٢٥ وما بعدها ، ومؤلف الفقيه دى لوبادير فى العقود الجزء الثالث ، ص ١٨٨ .

- كما هو الشأن بالنسبة الى سائر العقود الادارية - فان الاسترداد يأخذ فى العمل أحد الأوضاع الآتية :

أولا : الاسترداد المنصوص عليه فى العقد (Le rachat contractuel)

ثانيا : الاسترداد غير المنصوص عليه فى العقد -
(Le rachat non contractuel)

ثالثا : الاسترداد الذى تنظمه قوانين خاصة «Le rachat légal»
ونعرض لكل حالة من هذه الحالات على التوالى :

الفرع الأول

الاسترداد المنصوص عليه فى العقد

والاسترداد المنصوص عليه فى العقد هو النظام الغالب بالنسبة الى معظم عقود الامتياز . بل ان القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة يجعل من هذا النظام القاعدة العامة فى جميع عقود الالتزام فى مصر ، ذلك أن المادة الرابعة منه تنص على أنه « يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته » وبهذا النص أصبح من الضرورى أن تتضمن عقود الالتزام التى تمقصد فى ظل القانون السابق ، شرطا ينظم كيفية استرداد المرفق قبل ميعاده .

ويهمين على موضوع الاسترداد الاتفاقى قاعدة أساسية ، وهى أن حق الاسترداد اذ كان خقا أصيلا للإدارة ، فان النصوص الواردة بخصوصه فى عقد الامتياز هى نصوص تعاقدية ، يتمين على القضاء احترامها . ولهذا فان مجلس الدولة الفرنسى يجرى على تطبيق تلك النصوص بدقة متى رفع الأمر اليه بخصوص تفسيرها أو تطبيقها . وبالرجوع الى قضاء مجلس الدولة الفرنسى نجد أنه يلتزم الأحكام الآتية فيما يتعلق بشرط ممارسة هذا النوع من الاسترداد ، وأثاره :

١- § شروط مماسة الاسترداد المنصوص عليه

١ - يتعين أن ينص على هذا النوع من الاسترداد صراحة في العقد . ويفسر القضاء هذا الشرط بدقة . وبالتالي فإذا نص على هذا الشرط في عقد معين ، وانقضت مدته ، وعادت الادارة الى الاتفاق من جديد مع ذات المتلزم ، وخلا العقد الجديد من الشرط السابق ، فان الادارة لا يمكن أن تطبق النظام المنصوص عليه في القد القديم على إقعد الجديد^(١) . وهذا طبعا لا يعنى أن الادارة لا تملك الالتجاء الى طريقة الاسترداد غير الاتفاقى .

٢ - وتتضمن عقود الامتياز عادة حدا أدنى من المدة لا يجوز للادارة استرداد المرفق خلاله . وحينئذ يتعين احترام هذا الشرط ، لا بمعنى أن الادارة قد نزلت عن استعمال حقها في الاسترداد خلال تلك المدة ، ولكن على أساس أن شروط الاسترداد الاتفاقى لا يمكن تطبيقها الا ابتداء من التاريخ المنصوص عليه في العقد . فاذا شاعت الادارة الاسترداد قبل تلك المدة ، تعين عليها دفع التعويض وفقا للنظام الذى سوف نعرض له فيما بعد .

ولكن منذ حلول التاريخ المنصوص عليه في العقد ، يصبح للادارة الحق في الاسترداد وفقا للنظام المنصوص عليه . ومهما كان الوقت الذى تختاره الادارة للاسترداد ، فلا يمكن اعتبار الادارة متعسفة في استعمال حقها^(٢) . كما أن تراخى الادارة في استعمال حقها في الاسترداد لا يمكن أن يفسر على أنه نزول من جانبها عن هذا الحق^(٣) .

٣ - والغالب أن يتضمن العقد - في حالة نفيه على الاسترداد -

(١) حكم المجلس الصادر فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ فى قضية (Ville de Calen-sur Saône) ص ٩٨٦ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٢٢ فى قضية (Sté. Les Centre électrique) المجموعة ص ٧٠٧ .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٣ فى قضية (Bastid) المجموعة ص ٣٠٣ .

شرطا يقضى بضرورة التنبيه على الملتزم قبل استعمال حق الاسترداد
بمدة كافية أو مدة يحددها العقد ، وهو شرط ملزم .

٤ - والسلطة المختصة بممارسة حق الاسترداد الاتفاقي ، هي
السلطة المختصة بإبرام العقد .

٥ - وقد يتضمن العقد أسبابا على سبيل المصير لممارسة
الاسترداد ، وحينئذ يتمين على الادارة أن تحترم هذا الشرط . أما اذا
خلا العقد من نص من هذا القبيل ، فان الادارة لا تستطيع أن تلجأ
الى الاسترداد الا لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة ، باعتبار أن هذا
الشرط عام يهيمن على جميع تصرفات الادارة . فاذا لجأت الادارة الى
استرداد المرفق لمجرد تحقيق أغراض مالية ، فان مجلس الدولة
الفرنسي يقضى بأن مثل هذا الاسترداد يكون مشوبا بميب
الانحراف^(١) .

٦ - واذا ثبت للقاضي أن الادارة قد خالفت الشروط المنصوص
عليها في العقد ، فانه يملك أن يحكم عليها بالتعويض ، كما أنه
يستطيع أن يقضى بالقاء القرار الصادر بالاسترداد .

٢ - § آثار الاسترداد الاتفاقي

١ - يترتب على استرداد الادارة للامتياز وفقا لشروطه ،
انقضاء العقد ، وبالتالي فانه على الملتزم رد الأرباح التي يحققها
بعد تاريخ الاسترداد^(٢) .

والأصل أن يتناول الاسترداد المرفق بأجمعه ، بحيث لا تستطيع
الادارة أن تسترد جانبا منه فحسب ، اللهم الا اذا تضمن العقد نصا
صريحا بهذا المعنى ، وذلك لأن الالتزام يكون كلا لا يصح تجزئته .

(١) مطول جيز في العقود ، الجزء الثالث ص ١٢٠٧ ، وموجز بونار السابق ،
ص ١٧٦٤ وتقدير المفوض (Sénat) بمناسبة حكم مجلس الدولة الفرنسي
الصادر في ٢٣ فبراير ١٩٠٦ في قضية (Ville de Lyon) المجموعة ص ١٧٢ .
(٢) حكم المجلس الصادر في ٨ يوليو سنة ١٩٤٩ في قضية (Gautheron)
المجموعة ص ٧٦٦ .

٢ - ولكن ما موقف الادارة بالنسبة الى الالتزامات التي يتحملها الملتزم في مواجهة الغير ؟ قد يتولى العقد الاجابة على هذا التساؤل صراحة بالنص على حلول الادارة محل المتعاقد في تلك الالتزامات ، وحينئذ تنقيد الادارة بهذا النص ، ولا تستطيع أن تتحلل من التزامات المتعاقد في مواجهة الغير ، الا اذا أثبتت أن ذلك المتعاقد قد تحمل بالتزامات لا يقتضيها التفسير المعقول للعقد^(١) .

أما اذا لم يتول العقد تنظيم هذا الموضوع ، فان المسلم به أيضا أن الادارة تتحمل كافة الالتزامات التي يقتضيها ادارة المرفق (Les actes d'administration normaux) والتي تعهد بها الملتزم في مواجهة الغير . أما بالنسبة لغيرها من الالتزامات ، فلا يكفي الشرط السابق والذي يقضى بأن تكون تلك الالتزامات في حدود التفسير المعقول للعقد ، بل يتعين أن تكون الادارة قد علمت بتلك الالتزامات ونم تعرض عليها^(٢) .

على أنه يجب أن يكون مفهوما أنه عند أيلولة الالتزام الى الادارة ، فان القيود التي تلتزم بها الادارة في مواجهة الغير ، انما تنصرف الى تنفيذ الشروط التعاقدية ، أما فيما يتعلق باستفادة الغير من الخدمة التي يؤديها المرفق ، فانها تخضع لحرية الادارة في تعديلها . وهذا ما أعلنته محكمة القضاء الاداري في حكمها الصادر في ٣١ يناير سنة ١٩٥٦ حيث تقول : « . . . انه وان كانت النصوص اللائعية في عقود الالتزام تبقى حافظة لقوتها الملزمة في حالة انتقال الالتزام ليد السلطة مانعة الالتزام ، الا أن هذا لا يقيد

(١) «Le concessionnaire a pris des engagements qu'une interprétation raisonnable de sont raité concession ne lui permetait pas de prendre».

حكم المجلس الصادر في ١٦ مارس سنة ١٩٢٢ في قضية Cie générale des eaux contre Ville de Lyon .
مجموعة ص ٥٢١ .

(٢) حكم المجلس الصادر في ٢٤ مارس سنة ١٩٢٦ في قضية Cie générale des eaux contre Ville de Toulon .
مجموعة دالوز سنة ١٩٢٧ ، القسم الثالث ،

ص ٩ مع تعليق (Appleton) .

سلطة الحكومة فى تعديل تلك النصوص بما تراه ملائما للمصلحة العامة ، وموافقا للوضع الجديد « (٢) .

٣ - على أن أهم نتيجة تمنينا فى هذا المقام ، هى حق الملتزم فى الحصول على تعويض «L'indemnité de rachat» ويمتاز التعويض هنا بأنه اتفاقى ، ومن ثم فإن القاضى يطبق النصوص الخاصة به فى ضوء الأصل العام والذى يقضى بأن يكون التعويض كاملا فى مثل هذه الحالات (٢) .

ويكون التعويض اما بدفع مبلغ اجمالى للملتزم «indemnité en capital» أو بطريق دفع أقساط سنوية لمدة محددة «indemnisation par annuité» ، وكثيرا ما تجمع عقود الالتزام بين الطريقتين .
وفيما يلى الأسس العامة لكل منهما :

أولا : التعويض الاجمالى : ويراعى عند تقديره أن يشمل عنصرين :

(أ) العنصر الأول : مواجهة التنفقات اللازمة لتغطية رأس المال (L'indemnité d'amortissement) والذى يتمثل فى الأسهم والسندات التى يتكون منها رأس المال ، وما انفق على تجهيز المرفق واعداده (٣) ، وذلك وفقا للأسس التى يقوم عليها عقد الالتزام .

(١) مجموعة احكام المحكمة ، السنة العاشرة ، ص ١٨٥ ، وقد استطردت المحكمة قائلة « ... فإذا كانت وزارة الأشغال (مصلحة التنظيم) قد رأت فى حدود سلطاتها المخولة لها بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ أن تلزم أصحاب الأراضى المدة للبناء عند تقسيمها بتحمل تكاليف تزويدها بالتيار الكهربائى ، فانها لم تخالف القانون ، وبالتالي يعق لادارة الكهرباء أو الغاز - وهى جهة حكومية - أن تستند الى هذا الرسوم فى التحلل من تحمل تلك التكاليف » .

(٢) راجع تطبيقا لذلك فى حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١١ أغسطس سنة ١٩٢٢ فى قضية (Cie des ch. de fer de l'Est algérien) المجموعة ص ٧٣٧ .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٣١ فى قضية (Sté. d'éclairage élect. rique de Bordeaux) المجموعة ص ٤٣٤ ، وفى ١٠ مايو سنة ١٩٢٩ فى

قضية (Sté éclairage Bordeaux) المجموعة ص ٤٨٥ ، وفى ٢٤ أبريل سنة ١٩٣١ فى قضية (Tricoche) المجموعة ص ٤٣٢ ، وفى ٢٦ يولية سنة ١٩٢٣ فى قضية (Sté. éclairage Bordeaux) المجموعة ص ٨٩٢ .

(ب) العنصر الثانى : ما يفقده الملتزم من أرباح نتيجية لاسترداد المرفق قبل ميعاده الطبيعى (L'indemnité industrielle) ويقدر عادة وفقا لمتوسط أرباح الملتزم خلال عدد يحدده العقد من السنوات التى تسبق الاسترداد مباشرة .

ثانيا : التمويل فى صورة أقساط سنوية : ويدخل فى تقديرها العنصران السابقان ، فبدلا من أن تدفع الادارة المبلغ مرة واحدة ، فإنها تقسطه على عدد من السنين يتفق عليها الطرفان^(١) .

الفرع الثانى

الاسترداد غير المنصوص عليه فى العقد

٢ - وحق الادارة فى استرداد المرفق قبل مدته المنصوص عليها ، العقد نصا على الاسترداد الاتفاقى ، أو فى خلال المدة التى لا يجوز للادارة أن تمارس الاسترداد الاتفاقى أثناءها ، اذا نظم العقد كيفية الاسترداد بعد مضي مدة محددة من البدء فى استغلال المرفق .

٢ - وحق الادارة فى استرداد المرفق قبل مدته المنصوص عليها ، يسلم به الأغلبية المظلمة من الفقهاء ، كالنقيه جيز ، والميد بونار ، والأستاذين دويز ودى بير . . . الخ . وقد نازع فى هذا الحق أقلية مرجوحة من الفقهاء ، وأنكروا التسليم به خارج نصوص العقد . ولعل سندهم فى ذلك ، أن مجلس الدولة الفرنسى لم يصدر أحكاما فى هذا الصدد . ولكن الحقيقة - كما لاحظها الأستاذ دى لوبادير - أن مرجع عدم وجود أحكام فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى بهذا الخصوص لا لأن المجلس ينكر قيام هذا الحق ، ولكن لأن عقود الامتياز جميعها تتضمن نصوصا تنظم كيفية استرداد الادارة

(١) ورغم هذه البساطة الظاهرة ، فإن طريقة حساب تلك الأقساط معقدة للغاية ، ويدخل فى تقديرها اعتبارات متعددة ، نرى أنه لا محل لها فى مؤلف عام ، راجع فى تفاصيلها مطول النقيه دى لوبادير فى العقود ، الجزء الثالث ص ١٩٧ الى ٢٠٣ .

للاللتزام^(١) . ولقد سبق أن ذكرنا أن هذه النصوص أصبح إدراجها أمرا لازما فى عقود الامتياز فى مصر ، وفقا لنص المادة الرابعة مع القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ .

ولكن اذا حدث وخلا عقد الامتياز من نصوص من هذا القبيل ، فلا شك فى حق الادارة فى استرداد المرفق دون حاجة لانتظار نهاية المدة : فالادارة تملك حقا أصيلا - لايمكنها أن تنزل عنه أو تقيد حريتها فى استعماله -^(٢) فى أن تنظم المرفق العام فى كل وقت بما يجعله أصلح لاداء الخدمة المنوطة به ، وبالتالي فإن لها دائما أن تلغى المرفق ، فينقضى الالتزام ، أو تستبدل بطريقة الادارة القديمة ، طريقة جديدة ، كالاستغلال المباشر أو عن طريق مؤسسة عامة (هيئة عامة) . . . الخ ثم ان المسلم به كقاعدة عامة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى والمصرى أن للادارة دائما حق انهاء العقود الادارية قبل نهايتها الطبيعية وفقا لمقتضيات الصالح العام . وما استرداد المرفق الذى يندار عن طريق الامتياز الا من قبيل حق الادارة فى انهاء العقود الادارية .

وأخيرا فانه اذا كانت عقود الامتياز تحتوى كما رأينا على شروط تنظم كيفية الاسترداد ، فان تلك الشروط فى معظم الأحيان تحدد مدة معينة لا يجوز للادارة خلالها أن تلجأ الى استرداد المرفق . ولا يمكن التسليم بأن الادارة قد نزلت عن سلطتها خلال المدة المحددة ، فهذا ما لا يجوز كما ذكرنا ، وانما اذا مارست الادارة حق الاسترداد خلال تلك المدة ، فانما ترجع الى حقها الاصيل فى انهاء العقود الادارية فى أى وقت . وكل ما هنالك أن التعويض الذى يتعين منحة للملتزم يقدر وفقا للقواعد العامة دون تقييد بالنصوص الواردة فى المقد بخصوص الاسترداد الاتفاقى .

(١) مطوله فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ٢٠٤ .

(٢) ورد هذا المعنى صراحة فى المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ ،

كما سترى فيما بعد ، عند استعراض النوع الثالث من أنواع الاسترداد .

٣ - ولما كان الاسترداد فى معظم الحالات هو استرداد اتفاقى ، تنظمه شروط العقد ، فان مجلس الدولى الفرنسى لم تصدر منه احكام حتى الآن لتنظيم الاسترداد غير المنصوص عليه فى العقد . وهنا لا بد من تطبيق القواعد العامة فى انهاء تلك العقود نزولا على مقتضيات الصالح العام ، يقابله حق المتعاقد فى الحصول على تعويض كامل يغطى جميع ما يلحقه من خسارة ، وما يفوته من كسب ، وفقا للقواعد العامة المقررة فى هذا الصدد . وواضح من هذه القواعد أن الاسترداد غير الاتفاقى يكلف الدولة نفقات طائلة . ولهذا يقرر الفقيه دى لوبيدير أن الادارة فى فرنسا لم تلجأ اليه قط^(١) اكتفاء بتطبيق شروط الاسترداد الاتفاقى ، أو بفسخ العقد بالتراضى كما سبق أن رأينا .

ولما كان الاسترداد الاتفاقى ، ليس الاستعمالا مع الادارة لحقها فى انهاء العقد قبل ميعاده ، فانه يتمتع عليها ألا تلجأ الى استعمال هذه السلطة الا لدواعى الصالح العام ، كما لو أرادت تغيير نظام الالتزام الى طريقة الادارة المباشرة ، أو لالغاء المرفق . الخ . والادارة تمارس تلك السلطة تحت رقابة القضاء على التفصيل السابق .

الفرع الثالث

الاسترداد الذى تنظمه قوانين خاصة

١ - تدخل المشرع الفرنسى منذ سنة ١٨٤٥ ، فى مجال عقود الامتياز ، فأصدر قوانين خاصة ، نظم بها استرداد بعض المرافق الهامة والتي تدار مع طريق الامتياز . وأهم هذه القوانين :

(١) قانون ٢٩ مايو سنة ١٨٤٥ ، والذى يتعلق باسترداد الامتيازات المتعلقة بقنوات الملاحة فى فرنسا .

(١) مطلوه فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ٧٠٦ .

(ب) قانون ٣٠ يوليو سنة ١٨٨٠ ، والخاص باسترداد الكبارى
التي يتعين دفع عوايد للمرور عليها «Les ponts à péage»

(ج) قانونا ١١ يونية سنة ١٨٨٠ و ٣١ يوليو سنة ١٩١٣
ويتعلقان بانتهاء عقود الامتياز الخاصة بالسكك الحديدية المحلية
والنقل بواسطة الترام .

(د) قانون ١٣ يوليو سنة ١٩٠٨ ، والذي أنهى عقد امتياز شركة
حديد الغرب .

(هـ) قانون ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ الخاص بالتمويض عن أضرار
الحرب العالمية الأولى ، وقد خول الادارة استرداد بعض المرافق التي
تدار عن طريق الامتياز فى ظروف معينة .

(و) قانون ٣١ يوليو سنة ١٩٤٧ والذي خول الهيئات المحلية
حق استرداد مرافق الامتياز المحلية فى خلال سنة مع تاريخ صدوره ،
بقصد تمكين تلك الهيئات من ادارة المرافق المحلية عن طريق الادارة
المباشرة أو الاقتصاد المختلط^(١) .

٢ - أما فى مصر ، فان المشرع قد لجأ الى هذا السبيل فى حالة
انتهاء امتياز شركة قناة السويس ، وذلك بمقتضى القانون رقم ٢٨٥
لسنة ١٩٥٦ ، الصادر فى ٢٦ يوليو سنة ١٩٥٦ . وفيما يلى نورد
نصوص ذلك القانون التى تعيننا فى هذا الخصوص ،

مادة ١ : « تؤمم الشركة العالمية لقناة السويس البحرية (شركة
مساهمة مصرية) وتنقل الى الدولة جميع مآلها من أموال وحقوق ،
وما عليها من التزامات ، وتحل جميع الهيئات واللجان القائمة حالياً
على ادارتها ، ويعوض المساهمون وحملة حصص التأميس عما
يملكون من أسهم وحصص بقيمتها مقدرة بحسب سعر الاقفال
السابق على تاريخ العمل بهذا القانون فى بورصة الأوراق المالية

(١) راجع فى التفاصيل ، مؤلف الأستاذ دى لويادير ، المرجع السابق ، الجزء
الثالث ص ٢٠٧ الى ص ٢١٠ والمراجع التى أشار اليها .

بيباريس . ويتم دفع هذا التمويل بعد اتمام استلام الدولة لجميع أموال وممتلكات الشركة المؤممة » .

مادة ٣ : « تجمد أموال الشركة المؤممة وحقوقها في جمهورية مصر وفي الخارج ، ويخطر على البنوك والهيئات والأفراد التصرف في تلك الأموال بأي وجه من الوجوه أو صرف أى مبالغ أو أداء أية مطالبات أو مستحقات عليها الا بقرار من الهيئات المنصوص عليها في المادة الثانية » .

مادة ٤ : « تحتفظ الهيئة بجميع موظفى الشركة المؤممة ومستخدميها وعمالها الحاليين ، وعليهم الاستمرار فى أداء أعمالهم ، ولا يجوز لأى منهم ترك عمله أو التخلي عنه بأي وجه من الوجوه أو لأى سبب من الأسباب الا باذن من الهيئة المنصوص عليها فى المادة الثانية » .

ويتضح من هذه النصوص ، أن القانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ ، بالرغم من تسميته بأنه خاص « بتأميم الشركة العالمية لقناة السويس البحرية » ، فانه فى حقيقة ليس تأميما ، لأن التأميم - بمعناه الفنى - ينصرف الى نزع ملكية المشروعات الخاصة الحيوية ، من الأفراد ، أو الشركات ، لمصلحة الجماعة . أما شركة قناة السويس ، فانها لم تملك قط قناة السويس ، وانما كانت تتولى ادارة المرفق نيابة عن الدولة ، وهكذا يكون القانون السابق مجرد امتداد قانونى «Rachat légal» لمرفق القناة . ولقد كشفت المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ عن المعنى السابق بصورة قاطعة حيث تقول : « ... وان هذه الشركة انما تقوم على استغلال مرفق المرور بقناة السويس ، وذلك العمل يعتبر مرفقا عاما وثيق الصلة بالكيان الاقتصادى والسياسى لمصر . وهى انما تقوم بهذا الاستغلال نيابة عن الحكومة المصرية بمقتضى الامتياز الموضح بالفرمانين الصادرين فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٥٤ و ٥ يناير سنة ١٨٥٦ وما تلاهما من فرمانات أخرى ... فالشركة فى قيامها

بهذا العمل ليست صاحبة الحق الأصل المسبل دائما بأنه للحكومة المصرية ، اذ من المعترف به أن المرافق العامة انما تدار مباشرة من الدولة أو بالوساطة بطريق الامتياز ، وأن من حق الدولة دائما أن تسترد هنا الامتياز باعتباره منحه منها ، سواء ورد فى هذا الشأن نص صريح فى عقد الامتياز أو لم يرد . وأن المصلحة العامة وحدها هى التى تجعل الدولة تختار الوسيلة التى تحقق أكبر قسط من المصلحة العامة ، اذ أن العلاقة بين مانح الالتزام ومستغلة انما تبنى على قواعد القانون الادارى وهو فرع من القانون العام » .

المبحث الثالث

تصفية عقد الامتياز

يشير موضوع انقضاء عقود الامتياز ، بحثا هاما يتعلق بتصفية تلك العقود «Liquidation de la concession» ، لمعرفة مصير الأموال والأدوات المستعملة فى ادارة المرفق ، وهى ضخمة فى الغالب كما ذكرنا ، ولتصفية الحسابات بين الادارة والملتزم . وفيما يلى نعرض للأسس العامة التى يقوم عليها هذا الموضوع .

الفرع الأول

مصير الأموال المادية المستعملة فى استغلال المرفق

١ - يستعمل الملتزم فى «بيل اعداد المرفق موضوع الالتزام ، أنواعا مختلفة من الأموال ، بعضها من قبيل المقارات كالمباني ، ومحطات القوى ، والسكك الحديدية ، والقنوات . . الخ . وبعضها من المنقولات ، كالسيارات والمواد الخام اللازمة للاستغلال . . الخ ، وبعض هذه الأموال قد تكون مملوكة للملتزم ، وبعضها قد تسلمه له الادارة ، كان تضع تحت تصرفه أجزاء الدومين العام اللازمة للاستغلال : كالسماح له بشغل جانب من الطريق ، أو مند أسلاك فوقه ، أو حفر أنفاق تحته . . الخ . فما مصير كل هذه الأموال عقب انقضاء الالتزام ؟

٢ - يهيم على هذا الموضوع قاعدة أساسية ، وهي أن وثيقة الالتزام هي التي تتضمن تحديد مصير تلك الأموال عند انقضاء الالتزام ، فليس ثمة قاعدة قانونية مسلم بها في خصوص تلك الأموال . وبالدات ليست هناك قاعدة تقضى بأيلولة تلك الأموال مجاناً الى الدولة عقب نهاية الامتياز في خارج حدود الاتفاق . وبهذا المعنى أفتت ادارة الرأى لمصلحة السكك الحديدية في ٤ يونية سنة ١٩٥٥ بقولها : « لا يتضمن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة نصاً صريحاً يقضى بأيلولة موجودات المرافق العامة التي تدار بطريق الالتزام الى الدولة بدون مقابل عند انقضاء مدة الامتياز . وما نصت عليه المادة الثانية من هذا القانون من أنه « لا يجوز أن تتجاوز حصص الملتزم السنوية ... » (المادة) لا يكفي وحده لتقرير حق الدولة في الاستيلاء دون مقابل على موجودات المرفق في نهاية مدة الالتزام ، ذلك أن ما ذهب اليه المشرع من خصم مقابل استهلاك رأس المال من الأرباح التي يفلها المرفق لا يعمد أن يكون تقريراً للقواعد العامة في الاستغلال التجاري . أما تنظيم كيفية أيلولة موجودات المرافق العامة عند نهاية مدة الالتزام فأمر موضوعي محض ، يتمين الإتفاق عليه سلفاً بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم . ومن ثم فلا وجه لانتقال الملكية للحكومة بالمجان ، ما لم يتم على ذلك نص في عقد الالتزام »^(١) .

وقد أيد قسم الرأى مجتمعاً المبدأ السابق في فتواه الصادرة في ٢٢ مارس سنة ١٩٥٥^(٢) بقوله : « عند أيلولة المرفق لجهة الادارة تؤول تبعاً له كافة المنشآت والموجودات التابعة له واللازمة لسياره ، سواء نص في عقد الالتزام على أيلولتها أو لم ينص . وتكون هذه الأيلولة مقابل التمويض اللازم ، ما لم ينص في عقد الالتزام على أيلولة هذه الأشياء بدون مقابل ... » .

(١) فتوى رقم ٢٣٧٢ ، مجموعة فتاوى المجلس ، السنة الماثرة ومنتصف التاسعة من ٢٨٨ -

(٢) الفتوى رقم ٤٢٣ -

٣ - وبالرجوع الى التقليد الذى تجرى عليه عقود الامتياز فى فرنسا وفى مصر ، نجد أن تلك العقود تنص عادة على أيلولة بعض الأموال الى الدولة مجانا ، وعلى بقاء ما لم ينص عليه ملكا للملتزم ، مع الاتفاق على حق السلطات العامة فى شراء ما يلزم من تلك الأموال فى ادارة المرفق العام ، وأحيانا يتفق على التزام الدولة بشراء بعضها .

وفىما يلى نعرض للأحكام الخاصة بكل طائفة من تلك الأموال .

١ - § الأموال التى تبقى ملكا للملتزم

لما كان الأصل كما ذكرنا ، أن عقد الامتياز هو الذى يحدد الأموال التى تؤول الى الادارة عند انقضاء المدة ، فان كل ما لم يدرجه العقد فى تلك الطائفة يبقى ملكا للملتزم . فتحديد تلك الطائفة يلجأ فيه اذن الى طريقة سلبية ، بتحديد ما يؤول للدولة ، لمعرفة ما يبقى للملتزم .

ولا تنص عقود الالتزام عادة على مفردات الأموال التى تؤول الى الدولة عقب انقضاء العقد ، وإنما يجرى التقليد فى فرنسا على النص عادة على أن تؤول الى الدولة - مجانا أو بمقابل - الأموال التى تعتبر كلا لا يتجزأ فيما يتعلق باستغلال المرفق *« Les biens qui font partie intégrante de l'exploitation du service »* للملتزم :

(أ) الأموال التى يمكن اعتبارها مستقلة عن المرفق ، ومنفصلة عنه (١) .

(١) فى تطبيقات هذه الفكرة راجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٦ أبريل سنة ١٩٠٠ فى قضية (Ville de Nantes) المجموعة ص ٢٧١ وفى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٧ فى قضية (Dame Vve Bastit) ، المجموعة ص ٩٤٠ .

(ب) الأموال التي لا تعتبر كلا لا يتجزأ مع المشروع الأساسي للامتياز ، ومثال ذلك مع قضاء مجلس الدولة الفرنسي مكاتب الإدارة الخاصة بالمشروع «Les locaux administratifs» (١) .

٢ - § الأموال التي تؤول الى الدولة مجاناً

١ - ويطلق عليها بالفرنسية اصطلاح «Biens de retour» وهي الأموال التي تعتبر كلا لا يتجزأ فيما يتعلق باستغلال المرفق كما ذكرنا . ويتمين أن ينص عليها صراحة في العقد وفقاً للمبدأ الذي شرنا اليه فيما سلف . والمادة أن تشمل هذه الأموال المقارات المستغلة في المشروع ، كالاراضي ، والمصانع ، والطرق ، والمقارات بالتخصيص . ولكن قد ينص العقد على ادراج بعض المنقولات في تلك القائمة ، كالمرببات في مرافق النقل بالسكك الحديدية أوالسيارات أو الترام ، أو قطع الغيار اللازمة للإدارة ، أو زوارق الارشاد . . . الخ .

٢ - إذا كان الأصل أن ينص على أيلوية الأسوال السابقة الى الدولة بقوة القانون بمجرد انقضاء الالتزام ، فإنه يحدث أن يتضمن العقد نصاً على حق الإدارة الاختيارى فى ترك بعض الأدوات التي يتبين عند انقضاء العقد أنها قد غدت غير صالحة لاستغلال المرفق . ولا جديد فى هذا النص ، فإن الإدارة تستطيع أن تعمل بما فيه ، ولولم يرد صراحة فى العقد .

٣ - وتفترض الأيلولة المجانية لهذه الأدوات ، أن الملتزم قد كان لديه الوقت الكافى لاستهلاك ثمنها من الأرباح . ومع ثم فإن عقود الامتياز تتضمن عادة الشروط اللازمة لمواجهة المفاجآت ، والتي قد تحول بين الملتزم وبين استهلاك ثمنها . ومع أوضح الأمثلة على ذلك استرداد الإدارة المرفق قبل نهايته الطبيعية كما رأينا .

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٠ مايو سنة ١٩٢٩ فى قضية «Cie gén. éclairage»
Bordeaux المجموعة ص ٤٨٥ .

٤ - ولما كان الملتزم يعلم سلفا أن الأموال السابقة سوف تؤول مجانا الى الدولة فانه قد يميل الى الاهمال فى صايتها ، حتى يكسب أكبر قدر ممكن من الأرباح . وتحتوى عقود الامتياز عادة على شروط مفصلة بالتزامات المتعاقد فيما يتعلق بصيانة تلك الأموال ، بحيث تسلم فى حالة جيدة عند نهاية المدة . ولكن المسلم به ، أن الالتزام بصيانة تلك الأموال مقرر دون حاجة الى النص عليه صراحة فى العقد^(١) . وللادارة الحق فى أن تخصص المبالغ اللازمة لهذه الصيانة أو لاصلاح الأدوات التى قصر الملتزم فى صيانتها مما يكون مستحقا له عند تصفية الحساب النهائى بينه وبين الادارة . بل اننا نرى أن من حق الادارة - استنادا الى سلطتها فى رقابة الملتزم - أن تجبره على القيام بكافة الاصلاحات اللازمة ، لأن قاعدة استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد تقضى بأن تكون المرافق صالحة لأداء الخدمة المنوطة بها فى كل وقت . واهمال الملتزم فى الصيانة يمرض المرفق للتوقف عند نهاية المدة . ومن ثم يكون من حق الادارة أن تعمل بالطرق المشروعة على تجنب تلك النتيجة .

٣ - § الأموال التى من حق الدولة أن تشتريها

ويطلق على هذه الأموال بالفرنسية اصطلاح «biens de reprises» وتحدد أيضا شروط العقد . وهى كالنوع الأول ، أى مع قبيل الأموال التى تعتبر كلا لا يتجزأ فيما يتعلق باستغلال المشروع . غير أنها تكون من المنقولات عادة ، بينما ينتمى النوع الأول الى طائفة العقارات غالبا .

وكما تحدد شروط العقد ما ينتمى الى هذه الطائفة من أموال فانها تحدد أيضا مدى حرية الادارة فى شرائها : فتارة يكون للدولة أن تشتري ما ترى لزومه للمرفق منها ، وتارة أخرى تلتزم بشراء ما يحدده العقد مع بين تلك الأموال^(٢) .

(١) مطول جيز فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ١١٧٣ ، ومطول دى لويافير ، الجزء الثالث ، ص ٢١٢ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٧ مايو سنة ١٩٤٢ فى قضية commune de Luc .
en-Diois المجموعة ص ١٤٨ .

وتحدد شروط العقد أيضا الأسس التي يقوم عليها تقدير
• ثمن تلك الأموال •

الفرع الثاني

تصفية الحسابات بين الملتزم والادارة

يعتمد الملتزم عادة على الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين في
سبيل تغطية ما ينفقه على اعداد المرفق ، وما يعول عليه من ربح •
ولكن انقضاء الالتزام قد يثير مسألة أخيرة تتعلق بتصفية الحسابات
بين الادارة والملتزم • فقد تنهى الادارة العقد نهاية مبسرة كما
رأينا ، وقد تكون الادارة قد التزمت في مواجهة المتعاقد بأن تضمن
له حدا أدنى من الربح ، أو تكون قد تسببت بتصرفاتها في أن تحمله
بعض الأعباء • وقد يكون الملتزم مقصرا فيما يتعلق بصيانة الأموال
التي سوف تعود مجانا الى الدولة ، أو فيما يختص بالأتاوة التي يتعين
دفعها للدولة • الخ • وكل هذه الأمور تقتضى تصفية على أساس
المقاصة بين حقوق كل من الطرفين ، واستئزال المبالغ المستحقة
للادارة ، من ثمن الأموال التي يتعين على الادارة شراؤها •

والقاعدة التي تحكم تلك التصفية ، تنحصر في اعمال شروط
العقد ، على أساس أن النصوص التي يتضمنها عقد الالتزام في
هذا الصدد ، هي نصوص تعاقدية ، ملزمة لكل من الطرفين •
ومن ثم فإن مهمة القضاء ، فيما لو طرح عليه النزاع ، أن يعمل
على تفسير تلك الشروط ، والقيام أحكامها ، وفقا للنية المشتركة
للطرفين المتعاقدين^(١) •

(١) حكم المجلس الصادر في ١١ أغسطس سنة ١٩٢٢ في قضية «Chemins de fer de l'Etat algériennes»
المجموعة من ٧٣٦ وقد جاء فيه :

«En l'absence de toute stipulation expresse relative au remboursement en cas
de rachat de la créance de l'Etat, il y a lieu de rechercher par l'interprétation de
l'ensemble des dispositions des conventions l'intention commune des parties contrac-
tantes».

والنتيجة التي نخرج بها من هذه الدراسة ، أن موضوع تصفية عقد الامتياز يخضع خضوعا شبيه تام لشروط العقد ، وأن على القاضى حتى فى حالة غموض الشروط ، أن يتلمس الحل على ضوء شروط العقد فى مجموعها ، مستهديا فى ذلك بنية الطرفين المشتركة . ومن ثم فإن مجال القضاء الانشائى فى هذا المجال محدود ، لاقتصار دوره على تفسير شروط العقد وتنفيذها .

ولهذا فإن من الأهمية بمكان أن تصاغ شروط عقد الامتياز بوضوح تام حتى تقطع السبيل على كل نزاع عند التصفية .

الفصل الثاني

نهاية عقود الأشغال العامة

تنتهى عقود الأشغال العامة نهاية طبيعية أو مبسرة كسائر العقود الادارية ، وفيما يلي نعرض للطريقتين .

المبحث الأول

النهاية الطبيعية لعقود الأشغال

الوضع الغالب بالنسبة الى عقود الأشغال العامة أنها عقود فورية ، تنقضى بتنفيذ كل من الطرفين المتعاقدين لالتزاماته المترتبة على العقد^(١) . أما التزامات الادارة فتتصر في الوفاء بالثمن المتفق عليه في العقد . أما التزامات المتعاقد فتقوم على اتمام الأعمال موضوع العقد .

وفيما يتعلق بدفع الثمن ، فقد سبق أن أشرنا اليه ، ونعرض هنا لكيفية الوفاء بالتزامات المقاول ، ويتحرر المقاول من التزاماته قبل الادارة بتسلم الادارة للأعمال التي قام بتنفيذها . ولكن يجب أن نميز في هذا الصدد بين الاستلام المؤقت للأعمال والاستلام النهائي لها .

(١) ولكن ثمة طائفة خاصة من عقود الأشغال تعتبر من قبيل العقود الزمنية ، وهي عقود الالتزام بالصيانة «Le marché d'entretien» وتنقضى هذه العقود بانتهاء المدة المقررة في العقد ، كما هو الشأن في عقود الالتزام وغيرها من العقود الزمنية .

الفرع الأول الاستلام المؤقت

(La reception provisoire)

١ - وهو الذى يتم عقب انتهاء المقاول للأعمال المتفق عليها مباشرة . والأصل فيه أن يتم فى حضور المقاول أو مندوبيه^(١) . وقد نظمت المادة ٨٥ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة (والتي تقابل المادة ٩٧ من اللائحة المرفقة) . فبعد أن ألزمت المقاول بأن يخل الموقع من جميع المواد والأتربة والبقايا وأن يمهده ، والا قامت الادارة بذلك على حسابه ، قالت « ... » ويخطر (المقاول) عندئذ بالموعد الذى حدد لاجراء المعاينة ، ويحرر محضر التسليم المؤقت بعد اتمام المعاينة ، ويوقعه كل من المقاول أو مندوبه الموكل بذلك بتوكيل مصدق عليه ومندوبى جهة الادارة الذى يخطر المقاول بأسمائهم ، ويكون هذا المحضر من ثلاث نسخ تسلم احداها للمقاول . وهكذا تكون تلك المادة قد احتفظت بقاعدة التسليم فى حضور المقاول .

ولكن ما الحل لو تخلف أحد الطرفين عن الحضور ؟ أما فيما يتعلق بتخلف المقاول أو مندوبه عن الحضور ، فقد أجابت عنه المادة ٨٥ السابقة صراحة بقولها : « ... » وفى حالة عدم حضوره (المقاول) أو مندوبه فى الميعاد المحدد ، تتم المعاينة ويوقع المحضر من مندوبى جهة الادارة وحدهم « ... » ولكن المادة لم تعرض لحالة تخلف الادارة عن الحضور أو امتناعها عن اتمام التسليم المؤقت . ويجرى مجلس الدولة الفرنسى على حق المقاول فى اتمام الاستلام المؤقت فى غيبتها^(٢) . ولكن يمتنع عليه بطبيعة الحال اصدار الادارة

«Caractère contradictoire de la reception provisoire»

(١)

(٢) حكمه الصادر فى ١٤ يناير سنة ١٩٤٤ فى قضية

(Départ. du Var) ١٦

المجموعة من ١٦

قبل الالتجاء الى هذا الاجراء^(١) ، وهذا الحق طبيعى ، ويقابل حق الادارة فى اجراء الاستلام فى غيبة المكاوّل .

٢ - والأصل أن يتم الاستلام المؤقت صراحة ، وبمقتضى تحرير محضر يوقع عليه من كل من مندوبى الادارة والمكاوّل على النحو الذى أوضحته المادة ٨٥ من اللائحة الحالية والمادة ٩٧ من اللائحة الملقاة .

ولكن هل يمكن أن يتم الاستلام المؤقت ضمنا ؟

لقد أجاب مجلس الدولة الفرنسى على هذا التساؤل بالإيجاب ، وذلك اذا تسلمت الادارة الأعمال ضمنا ، وبدأت فى استخدامها فيما أعدت له من أغراض ، فاعتبر أن وضع اليد الفعلى من قبل الادارة «La prise de possession effective» يقوم مقام الاستلام المؤقت ، اذا كشف عن نية الطرفين القاطنة فى هذا الخصوص ، لا سيما اذا صاحب وضع يد الادارة على الأعمال ما يكشف عن تلك النية . ومن هذا القبيل ، عدم ابداء اعتراضات على الأعمال ، واستعمال الأشغال فيما أعدت له ، كاستعمال المبانى أو القنطرة . . الخ ورد التأمينات الى القول . . . الخ^(٢) -

ولكن المسلم به أن هذا الموضوع يقوم على دراسة كل حالة على حدة ، يحسمها القضاء وفقا لظروفها الخاصة . ولهذا فان مجلس الدولة لم يعتبر وضع الادارة ليدها على الأعمال بمثابة الاستلام المؤقت فى جميع الحالات ، لا سيما اذا كانت تلك الأعمال غير تامة^(٣) .

(١) حكم المجلس الصادر فى ٣ فبراير سنة ١٩٣٧ فى قضية (Sté. des travaux hydrauliques) المجموعة ص ١٥١ وفى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٠ فى قضية (Commune de Volvic) المجموعة ص ٢٣١ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٥ فى قضية (Michelon) المجموعة ص ٩٤٦ وفى ٣٠ يناير سنة ١٩٣٥ فى قضية (Perperrot) المجموعة ص ١٣٥ وفى ٢٠ يناير سنة ١٩٣٧ فى قضية (Villo de Houilles) المجموعة ص ٨١ وفى ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ فى قضية (Touchevioux) المجموعة ص ٥٦ وفى ١٣ فبراير سنة ١٩٤٢ فى قضية (Office hab. bonmarché deoff) المجموعة ص ٥٦ وفى ٣ مارس سنة ١٩٥٤ فى قضية «Sté. entreprise industrielles» منشور فى مجموعة Actual. ju. سنة ١٩٥٤ ، القسم الثانى ، ص ٢٤٩ .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢٤ مارس سنة ١٩٢٦ فى قضية «Gilbert» المجموعة ص ٣٣٨ .

٣ - ويترتب على اتمام الاستلام المؤقت نتيجة رئيسية هامة ، وهي بدء فترة الضمان ، التي يتعين اتمام الاستلام النهائي عند انقضائها . والى هذا الأثر أشارت كل من المادة ٨٥ من اللائحة الحالية والمادة ٩٧ من اللائحة الملقاة بقولها : « ٠٠٠ اذا تبين من المعاينة أن العمل قد تم على الوجه المطلوب ، اعتبر تاريخ اخطار المقاول لجهة الادارة باستعداده للتسليم المؤقت موعد انتهاء العمل ، وبدء مدة الضمان . واذا ظهر من المعاينة أن العمل لم ينفذ على الوجه الأكمل فيثبت هذا في المحضر ، ويؤجل التسليم الى أن يتضح أن الأعمال قد تمت بما يطابق الشروط (هذا مع عدم الاخلال بمسئولية المقاول طبقا لأحكام القانون المدني) وتبدأ من تاريخ المعاينة الأخيرة مدة الضمان » .

ولكن المادة السابقة رتبت للمقاول حقا آخر بمقتضى الاستلام المؤقت ، وذلك بنصها على أنه « بعد اتمام التسليم المؤقت يرد للمقاول - اذا لم توجد قبله مطالبات للجهة المتعاقدة أو لأية مصلحة حكومية - ما زاد من قيمة التأمين النهائي على النسبة المحددة من قيمة الأعمال التي تمت فعلا . وتحفظ الجهة المتعاقدة بهذه النسبة لحين انتهاء مدة الضمان واطتمام التسليم النهائي » .

٤ - ولكن لا يترتب على التسليم المؤقت انتقال الملكية الى الادارة ، وبالتالي يظل المقاول متحملا للمخاطر التي تتعرض لها الأعمال خلال الفترة بين الاستلام المؤقت والاستلام النهائي ، وذلك بطبيعة الحال ، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك^(١) .

(١) حكم المجلس الصادر في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٣ في قضية «Berri. Nebo» المجموعة ص ٨١٣ ، وحكم المجلس الصادر في ٢٨ مارس سنة ١٩٤٥ قضية «Clauzier» المجموعة ص ٦٨ وقد جاء فيه :

«La reception definitive des ouvrages n'était pas intervenue lorsque ces désordres se sont produits; aucune clause de documents applicables au marché n'exonérait l'entrepreneur des risques provenant d'un cas de force majeure; dès le sieur C ... n'est pas fondé à soutenir qu'il ne doit en supporter les conséquences.

(م ٥٢ - العقود الادارية)

ولا يترتب على الاستلام المؤقت تغطية الأخطاء التي يكون المقاول قد ارتكبها أثناء التنفيذ كما سنرى *

ولكن الإدارة اذا أتمت الاستلام المؤقت بلا تحفظ ، وكان المقاول قد أدخل بعض التعديلات على التصميمات الأصلية للمقاييسات ، فان ذلك يعتبر منها قبولا لتلك التعديلات^(١) .

٥ - ومدة الضمان الذى يعقب الاستلام المؤقت هى عام وفقا للمادة ٨٦ من اللائحة الجديدة ، والمقابلة للمادة ٩٨ من اللائحة المفاة والتي تقول : « يضمن المقاول الأعمال موضوع العقد وحسن تنفيذها على الوجه الأكمل لمدة سنة واحدة من تاريخ التسليم المؤقت ، وذلك دون اخلال بمدة الضمان المنصوص عليها فى القانون المدنى » .

ولقد حددت المادة عينها الالتزامات التي يتحملها المقاول خلال تلك الفترة بقولها « والمقاول مسئول عن بقاء جميع الأعمال «لميمة أثناء مدة الضمان » فاذا ظهر بها أى خلل أو عيب يقوم باصلاحه على نفقته . واذا قصر فى اجراء ذلك ، فلجهة الإدارة أن تجرية على نفقته وتحت مسؤوليته » *

ويتضح من ذلك أن هذه المدة انما تقررت كفترة اختبار ، تستطيع الإدارة خلالها أن تحكم على صلاحية الأعمال فى فسحة من الوقت ، قبل أن تنتقل اليها ملكيتها نهائيا .

ولما كان المقاول هو المالك خلال هذه الفترة ، فانه لا يتحمل مسؤولية هلاك الشيء كما ذكرنا فحسب ، بل انه يتحمل أيضا مسؤولية الأضرار التي تلحق الغير من جراء فساد الأعمال . ولقد

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٥٠ فى قضية (Ville d'Annale) المجموعة ص ٢٨٨ حيث يقول :

«La modification qu'il (l'entrepreneur) a ainsi apportée au marché n'a motivé aucune observation de la part de la ville lors de la réception provisoire; elle devait par su te être réputée comme acceptée par la ville et ne pouvait mettre obstacle à la réception définitive.

قرر مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص ، أن المقاتل لا يجديهِ الاحتجاج بأن الادارة لم تلفت نظره .- ما يشوب الأعمال من فساد ؛ كان هو السبب فى أحداث الضرر ؛ عند اتمام الاستلام المؤقت^(١) ،

ولا يقتصر الضمان الذى ذكرناه على العيوب التى تكتشفها الادارة عند اجراء الاستلام المؤقت والتى تبدى بشأنها تحفظات ، ولكنه يغطى جميع العيوب التى تتكشف أثناء مدة الضمان ، حتى ولو كان الاستلام المؤقت قد تم بدون ابداء تحفظات ، لأن مدة الضمان لم تشرع الا لمواجهة هذه العيوب والتى قد لا يمكن التنبه اليها عند الاستلام المؤقت^(٢) .

ويجرى مجلس الدولة الفرنسى على تخويل الادارة حق اصدار أوامر مصلحية الى المقاتل لاصلاح كل ما تتكشف عنه الأعمال من عيوب أو ما يظهر فيها من نقص^(٣) . وتملك الادارة الالتجاء الى وسائل الضغط لاكراهه على تنفيذ تلك الأوامر^(٤) ، وهو ما ورد النص عليه صراحة فى المادتين ٨٦ من اللائحة الجديدة والمادة ٩٨ من اللائحة الملغاة . ولكن ضمان المقاتل لا يغطى التلف الذى يرجع الى خطأ الادارة أو القوة القاهرة ، وذلك وفقا للقواعد العامة المقررة فى هذا الصدد .

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٢ مايو سنة ١٩٤٤ فى قضية (Cie. générale d'as surance) المجموعة ص ١٣٨ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٨ يوليو سنة ١٩٢٥ فى قضية (Guillet) المجموعة ص ٦١ وفى ٢٨ مارس سنة ١٩٤٥ فى قضية «Clausen» المجموعة ص ٦٨ وفى ٢٣ مارس سنة ١٩٤٩ فى قضية (Assoc. synd. des submergionistes) مجلة القانون العام سنة ١٩٤٩ ص ٦١٨ .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٨ يوليو سنة ١٩٢٥ فى قضية (Guillet) وقد سبقت الإشارة اليه فى الامش السابق . وحكمه فى ١٨ يوليو سنة ١٩٢٨ فى قضية (Baillie) المجموعة ص ٩١٤ .

(٤) حكم المجلس الصادر فى فى قضية (Cass) السابقة ، وفى ٢٧ يونيو سنة ١٩٣٤ فى قضية (Clausen) المجموعة ص ٧٢٨ .

الفرع الثانى

(La reception definitive) الاستلام النهائى

١ - وهو الاجراء الذى بمقتضاه تتملك الادارة الأعمال نهائيا ، بعد أن تتأكد من أن المفاوض قد أوفى بالتزامه على الوجه المرضى . وهو يتم عقب انتهاء فترة العام السابق ، والذى يبدأ من تاريخ الاستلام المؤقت . وقد نظمت هذا الاستلام المادة ٩٩ من اللائحة الملفاة ، والمادة ٨٧ من اللائحة الجديدة بقولها : « قبيل انتهاء مدة الضمان بوقت مناسب ، يخطر المفاوض جهة الادارة كتابة للقيام بتحديد موعد المعاينة . ومتى تبين أن الأعمال قد نفذت مطابقة للمواصفات بعالة جيدة ، فيتم تسلمها نهائيا بموجب محضر من ثلاث صور يوقعه كل من مندوبى جهة الادارة والمفاوض أو مندوبه الرسمى ، وتعطى للمفاوض صورة منه وإذا ظهر من المعاينة أن المفاوض لم يقم ببعض الالتزامات ، فيؤجل التسليم النهائى لحين قيامه بما يطلب اليه من الأعمال ، هذا مع عدم الاخلال بمسئوليته طبقا لأحكام القانون المدنى . وعند تمام التسليم النهائى ، يسدفع للمفاوض ما قد يكون مستحقا له من مبالغ ، ويرد اليه التأمين النهائى أو ما تبقى منه » .

٢ - ويتم التسليم النهائى فى مواجهة كل من الطرفين - كما هو الشأن بالنسبة الى التسليم المؤقت ، وكما هو واضح من نص المادة ٩٩ الملفاة والمادة ٨٧ الحالية - بمقتضى محضر يوقعانه . وقد يكون خاليا من التحفظات أو مصحوبا ببعض التحفظات . وعند النزاع يكون الفصل للقضاء الادارى .

والأصل هنا أيضا أن يتم الاستلام النهائى صراحة . ولكن هل يجوز أن يتم بطريقة ضمنية كما هو الشأن بالنسبة الى الاستلام المؤقت ؟ لا شك فى أن من حق المفاوض على الادارة أن تقوم باجراء الاستلام النهائى عند نهاية مدة الضمان اذا ما كانت الأعمال سليمة ، اما لأنها كانت كذلك مع أول الأمر ، أو متى أصبحت كذلك بعد أن

ينفذ المفاوض ما يطلبه الادارة من اصلاحات . فاذا رفضت الادارة الاستلام ، فانها تتعرض للمسئولية التعاقدية . ومن حق المفاوض أن يلجأ الى قاضي العقد ، لاثبات أن الأعمال في حالة تسمح باستلامها (en état d'être reçus) ، وذلك لأن للمفاوض حقاً مكتسباً في أن يتم الاستلام النهائي حتى يمكنه الحصول على المقابل المتفق عليه من ناحية ، وأن يتحرر من التزامه بالتنفيذ من ناحية أخرى^(١) .

ولكن هل يمكن أن يستفاد من المبدأ السابق ، امكان حصول الاستلام النهائي بطريقة أخرى ؟ . هنا أيضاً يجيب مجلس الدولة الفرنسي على هذا التساؤل بالإيجاب ، بشرط أن يثبت أن الأعمال كانت في حالة تسمح باستلامها نهائياً^(٢) . ولكن الموضوع هنا أيضاً ، يتعلق بكل حالة على حدة ، بمعنى أن الاستلام النهائي لا يمكن اعتباره قد تم بطريقة ضمنية الا اذا كانت الأعمال قد تمت حقيقة على الوجه السليم . أما اذا ثبت أن بها عيوباً^(٣) ، أو أن المفاوض قد قصر في اجراء الاصلاحات التي طلبتها الادارة^(٤) ، أو كان العقد يتضمن اجراء تجارب خاصة قبل الاستلام النهائي ولم تتم تلك التجارب^(٥) . الخ . في كل هذه الحالات لا يمكن القول بأن الاستلام النهائي قد تم بطريقة ضمنية .

٣ - ويترتب على الاستلام النهائي ، النتائج الحاسمة فيما يتعلق

-
- (١) حكم المجلس الصادر في ٣١ مارس سنة ١٩٥٤ في قضية (Sté. entreprises industrielle) مجموعة (Actual. juri.) سنة ١٩٥٤ ، القسم الثاني ، ص ٢٤٩ وقد جاء فيه :
(L'entrepreneur a un droit acquis à la reception définitive.) (Marquis) (Didonna)
(٢) حكم المجلس الصادر في ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٩ في قضية «Marquis» المجموعة ص ٤٦٧ وفي ٢١ أبريل سنة ١٩٥٠ في قضية (Didonna) المجموعة ص ٢٢٩ وفي ٣١ مارس سنة ١٩٥٤ في قضية (Sté. entreprises industrielle) المجموعة (٣) حكم المجلس في ٢٣ مارس سنة ١٩٤٩ في قضية (soc. synd. des submercionnistes) المجموعة ص ١٤٢ .
(٤) حكم المجلس الصادر في ٨ أغسطس سنة ١٩٢٤ في قضية (Albony) المجموعة ص ٨٢٨ .
(٥) حكم المجلس الصادر في ١٩ يونيو سنة ١٩٤٢ في قضية (Sté. Ruits, forages Sondages) المجموعة ص ٢١٧ .

بانقضاء عقد الأشغال العامة ، وما يولد من التزامات • ويمكن
اجمال تلك النتائج فيما يلي :

أولا - انتقال الملكية وتحمل تبعه الهلاك الى الادارة : يؤدي
الاستلام النهائي - بعكس الاستلام المؤقت - الى انتقال ملكية الأعمال
الى الادارة نهائيا • وبالتالي فان الادارة ، منذ تاريخ هذا الاستلام ،
تتحمل نتيجة هلاك تلك اعمال وفقا للقاعدة المعروفة^(١) •

ثانيا - يتحلل المفاوض من واجب الصيانة الذى يقع على عاتقه فى
الفترة ما بين التسليم المؤقت والتسليم النهائي ، وبالتالي لا تملك
الادارة أن تكلف المفاوض بشئ من هذا القبيل بعد التاريخ السابق •

ثالثا : لا تملك الادارة بعد الاستلام النهائي أن تحتج بمخالفة
المفاوض للعقد ، أو أنه لم يعترم شروطه فى التنفيذ «Le malfaçons»
ولا تستطيع أن تطالب بالتعويض عن شئ من هذا القبيل الا اذا كانت
قد قدمت بشأنه تحفظات صريحة عند اتمام الاستلام النهائي^(٢) •

ولكن يجب التمييز بين مخالفة شروط العقد عند التنفيذ ، وبين
الميوب التى تتكشف عنها الأعمال بعد الاستلام النهائي ، فحق
الادارة أن تطالب بالتعويض عن هذه الميوب ما لم يسقط الحق فى
ذلك بالتقادم ، ومن تطبيقات المحكمة الادارية العليا لهذه الحالة
ما يلي :

- حكمها الصادر فى ٦ أبريل سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٧٦٦)
وتتلخص ظروف الدعوى فى أن احدى الشركات قامت بتنفيذ عملية
مجارى لحساب احدى المحافظات ، وبعد أن تم التسليم ظهر بها عيب
ترتب عليه هبوط المجارى مما أدى الى ضرورة اصلاحها من جديد •

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٨ مارس سنة ١٩٤٥ فى قضية (Clausier)
المجموعة ص ٦٨ وفى ٢١ مارس سنة ١٩٥٤ فى قضية (Sté. entreprises industrielles)
(٢) حكم المجلس الصادر فى ٣٠ يناير سنة ١٩٣٥ فى قضية (Perpétet)
المجموعة ص ١٣٥ وفى ٢٩ مارس سنة ١٩٢٩ فى قضية (Ville de Stude Lun)
المجموعة ص ٢٤١ •

وكانت البلدية المتعاقدة قد علمت بالمعيب ، ولكنها لم ترفع الدعوى الا بعد ثلاث سنوات من تاريخ العلم بالمعيب ، فقررت كل من محكمة القضاء الادارى والمحكمة الادارية العليا سقوط حق المحافظة فى رفع الدعوى . وفى حكم المحكمة الادارية العليا المشار اليه قررت :

(أ) انطباق المادتين ٦٥١ و ٦٥٤ من القانون المدنى على هذه الحالة « ما دامت لا تتعارض مع روابط القانون العام » .

(ب) « مدة الثلاث سنوات هى مدة تقادم ترد عليها أسباب الانقطاع ، فتنتقطع برفع الدعوى الموضوعية ، ولا يكفى لقطعها أن يرفع رب العمل دعوى مستعجلة بطلب تعيين خبير لاثبات حالة البناء ، وتنتقطع أيضا باقرار المكاول أو المهندس بحق رب العمل فى الضمان »

— حكمها الصادر فى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٧١ (س ١٧ ، ص ١٢١) على أساس الوقائع التالية : قام أحد المكاولين بإنشاء سور كورنيش النيل بمدينة سوهاج ، وسلم ابتداءً فى ٢٨ مارس سنة ١٩٥٦ . وبتاريخ ١١ يناير سنة ١٩٥٩ أبلغ أحد المواطنين بتهدم السور . تبين — نتيجة لتحقيق أجرته كلية الهندسة — أن الانهيار يرجع الى عدم مطابقة المكونات للمواصفات . رفعت دعوى التمييز فى ٣ مايو سنة ١٩٦٥ ، فقضت محكمة القضاء الادارى بعدم قبول الدعوى استنادا الى المادة ٦٥٤ مدنى التى تقضى بسقوط دعوى الضمان بانقضاء ثلاث سنوات من تاريخ حصول التهم أو انكشاف المعيب . ولكن المحكمة الادارية العليا الفت الحكم السابق ، لأن ما تقرره المادة المشار اليها ، هو مجرد تقادم ، تسرى عليه المادة ٣٨٧ من القانون المدنى والتى توجب التمسك بالدفع من قبل صاحب الشأن ، وذلك بقولها : « ومن حيث انه لا مزية لدى هذه المحكمة فى أن مدة السنوات المحددة بالمادة ٦٥٤ من القانون المدنى ، هى تقادم مسقط لا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، ولا تسقط بانقضائها تلقائيا ، وانما يسوغ أن تثار كدفع من جانب المدعى أو أحد دائئيه ... » وبغير أن يدفع به لا تكون المحكمة فى حل من القضاء بعدم قبول

الدعوى ، ويكون تصديدها لاسقاط الدعوى من تلقاء نفسها مخالفا للقانون ، طالما لم يقدم لها دفع من ذى الشأن ممن عينتهم المادة ٦٥٤ من القانون المدنى المشار اليها » .

رابعا - يحق للمقاول من تاريخ الاستلام النهائى أن يطالب بكافة مستحقاته قبل الادارة ، وهو ما تقضى به الفقرة الأخيرة من كل من المادتين ٩٩ من اللائحة الملغاة والمادة ٨٧ من اللائحة الجديدة حيث تقول : « وعند تمام التسليم النهائى ، يدفع للمقاول ما قد يكون مستحقا له من مبالغ ، ويرد اليه التأمين النهائى أو ما تبقى منه » . فاذا تأخرت الادارة فى الدفع بدون وجه حق ، فإن المقاول يستحق فوائد تأخير من تاريخ المطالبة بدفع المقابل^(١) .

٤ - الضمان العشرى للمقاول والمهندس : يطبق مجلس الدولة الفرنسى على المقاول الضمان العشرى المنصوص عليه فى المادتين ١٧٩٢ و ٢٢٧٠ من القانون المدنى الفرنسى . ومما له دلالته فى هذا الخصوص أن مجلس الدولة الفرنسى يلتزم بتطبيق تلك المواد كما تطبقها المحاكم المدنية ، حتى ولو لم يشر اليها العقد صراحة^(٢) .

وهذا هو المنطق الذى التزمته كل من لائحة المناقصات والمزايدات ، القديمة والجديدة ، فبعد أن وضعت الأحكام التى أشرنا اليها فيما سبق ، نصت صراحة على أن تلك الأحكام « لا تغل بمسئولية المقاول طبقا لأحكام القانون المدنى » .

وسوف نكتفى بذكر النصوص المقررة فى المجموعة المدنية المصرية بهذا الصدد، محيلين فى شرحها الى المؤلفات المدنية المعروفة .

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٢ يوليو سنة ١٩٢٥ فى قضية (Commune de Cabonès) المجموعة ص ٧١٩ وفى ٢١ أبريل سنة ١٩٥٠ فى قضية «Didon» المجموعة ص ٢٢٩ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى أول أغسطس سنة ١٩٢٥ فى قضية (Ville de la Rochelle) المجموعة ص ٣٧٧ .

مادة ٦٥١ : « ١ - يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات مع تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مباني أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ، وذلك ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها ، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المييبة ، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات » .

٢ - ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته » .

٣ - وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل » .

٤ - ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن » .

مادة ٦٥٢ : « إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ ، لم يكن مسئولا إلا عن العيوب التي أتت من التصميم » .

مادة ٦٥٣ : « يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه » .

مادة ٦٥٤ : « تسقط دعاوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب » .

المبحث الثاني

النهاية المبسرة لعقود الأشغال العامة

١ - ينقضى عقد الأشغال العامة قبل ميعاده الطبيعي وفقا للأسباب التي أشرنا إليها فيما سبق . ويمكن اجمال تلك الأسباب فيما يلي :

اولا - الفسخ باتفاق الطرفين : وحينئذ يترك للدائرة والمقاول ترتيب الآثار التي تترتب على هذا الفسخ الاتفاقى .

ثانيا - ينفسخ العقد بقوة القانون اذا توافرت شروط معينة كهلاك الشيء موضوع التعاقد .

ثالثا - ينقضى العقد بحكم القضاء فى بعض حالات منها :

(أ) اذا استحال على المتعاقد أن ينفذ التزاماته .

(ب) اذا أخطأت الادارة خطأ جسيما فى تنفيذ التزاماتها .

(ج) اذا عدلت الادارة فى التزامات المتعاقد تعديلا جسيما يقلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب أو يغير من جوهره بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام التزام جديد .

رابعا - للدائرة حق فسخ العقد بقرار منها وذلك فى حالتين كما رأينا وهما :

(أ) اذا أخل المقاول بالتزاماته . وحينئذ يكون الفسخ بمثابة جزاء توقعه الادارة على المقاول تحت رقابة القضاء . ولكن يجب أن يكون اخلال المقاول جسيما يبرر هذه العقوبة القاسية . وقد قررت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٨ يناير سنة ١٩٨٦ (الطمن رقم ١٧٨٦ لسنة ٣٠ قضائية) أن معيار البطء فى تنفيذ الأعمال الذى يبرر سحب العمل من المقاول يقتضى تحديد تاريخ البدء فى التنفيذ ، وبيان مدى تجاوب المقاول فى تنفيذ الأعمال المسندة اليه . « ومرور فترة وجيزة بعد البدء فى التنفيذ دون أن يتضح أن ثمة مخالفة يمكن نسبتها اليه ، لا يصلح سببا لسحب العمل منه » .

(ب) بدون خطأ من جانب المقاول ، وذلك اذا كانت مقتضيات المصلحة العامة تستوجب هذا الانهاء، وحينئذ يضمن تعويض المقاول .

خامسا - وهناك حالات خاصة لفسخ عقود الأشغال العامة تتضمنها تشريعات خاصة ، أو تنظمها اللوائح أو دفاتر الشروط . ويتم فيها انقضاء العقد بقوة القانون ، أو بناء على حكم من القضاء أو بقرار إداري تحت رقابة القضاء مما يندرج في الحالات السابقة .

٤ - ومتى فسخ العقد ، فانه يتمين تصفية آثاره . ولا يتم ذلك الا بمعرفة مقدار ما تم تنفيذه من الأعمال . ولمواجهة ذلك تقول المادة ٩٦ من اللائحة المرفقة ، والمقابلة للمادة ٨٤ من اللائحة الجديدة : « وفي حالة سحب العمل كله أو بعضه من المقاول يحبر كشف بالأعمال التي تمت وبالألات والأدوات التي استحضرت والمهمات التي لم تستعمل والتي يكون قد ورد لها المقاول بمكان العمل ويحصل ذلك الجرد خلال شهر من تاريخ سحب العمل بمعرفة مندوب جهة الإدارة ، وبحضور المقاول بعد إخطاره بكتاب موصى عليه بالحضور هو أو مندوبه . ويشيت هذا الجرد بموجب محضر يوقعه كل من مندوب جهة الإدارة ، والمقاول أو من ينوب عنه . فاذا لم يحضر أو لم يرسل مندوبا عنه ، فيجرى الجرد في غيابه . وفي هذه الحالة يخطر المقاول بنتيجة الجرد . فاذا لم يبد ملاحظاته خلال أسبوع من تاريخ وصوله اليه ، كان ذلك بمثابة اقرار منه بصحة البيانات الواردة في محضر الجرد . وجهة الإدارة غير ملزمة بأخذ شيء من هذه المهمات الا بالقدر الذي يلزم لاتمام الأعمال فقط ، على شرط أن تكون صالحة للاستعمال ، أما ما يزيد على ذلك فيكلف المقاول بنقله من محل العمل » .

وبعد ذلك يختلف الحكم وفقا لاختلاف السبب الذي يؤدي الى نهاية العقد نهاية مبتسرة : فاذا كان المرجع الى خطأ المتعاقد ، فانه يتعرض لتوقيع الغرامات المالية التي درسناها ، كما يكون معرضا للحكم عليه بالتعويض لصالح الإدارة .

أما اذا فسخ العقد بغير خطأ المتعاقد ، فان من حقه الحصول على التعويض ، وفقا للتفصيل الذي أوردناه في موضعه من هذا المؤلف .

٣ - ويجب أن نذكر هنا بما سبق أن أوردناه في موضعه من أن مجلس الدولة الفرنسي يجرى على عدم الحكم بالغاء القرارات الادارية الصادرة بفسخ عقود الأشغال العامة ، ولا أى قرار آخر يصدر من الادارة فى شئون الأعمال موضوع العقد ، وذلك على أساس أن الادارة هى صاحبة الأشغال العامة ، ومن ثم فيجب أن تكون لها الكلمة العليا فى خصوصها حتى ولو ثبت أن تلك القرارات كانت غير مشروعة ، وذلك اكتفاء بحق المقاتل فى التعويض الكامل . ونكتفى فى هذا الموضوع بأن نذكر بقول مجلس الدولة الفرنسي فى حكمه الصادر فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٤ فى قضية «Pioe»^(١) حيث يؤكد :

«Le juge des contestations relative aux marchés de travaux public n'a pas le pouvoir de prononcer l'annulation des mesures prises par le maître de l'ouvrage envers l'entrepreneur et il lui appartient seulement de rechercher si ces actes sont intervenus dans des conditions de nature à ouvrir au profit de celui-ci un droit à indemnité».

ويتنقد الفقهاء هذا القضاء باعتباره ضاراً حتى بالادارة نفسها ، لأن المقاتل يستطيع أن يحصل على حكم بتقرير الفسخ على مسؤولية الادارة باعتبارها مخطئة ، مما يحملها بأعباء كبيرة ، كان يغنى عنها تمكين القاضى من أن يحكم بالغاء القرار الصادر بفسخ العقد على خلاف القانون^(٢) . ولا شك أن هذا رأى وجيه لأنه يحقق المصلحة العامة ، ولهذا فلا نحبذ لمجلس الدولة المصرى أن يتابع مجلس الدولة الفرنسي فى هذا المسلك .

(١) المجموعة ص ٦٩ ، ومن أحكامه القديمة حكمه الصادر فى ٢٠ يناير سنة ١٩٠٥ فى قضية «Cie. depart. des eaux» المجموعة ص ٥٧ ، وراجع تقرير المفوض روميو بالمعنى السابق فى تلك القضية . وراجع أيضاً حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر فى ٣٠ مارس سنة ١٩١٦ فى قضية «Gaz de Bordeaux» المجموعة ص ١٢٦ . وقد جاء فى تقرير المفوض «Chardenet» المقدم فى تلك القضية قوله :

«Le juge administratif excéderait sa compétence en annulant la décision prononçant la réiliation».

(٢) مطول جيز فى المقود ، الجزء الأول ، ص ٢٥٦ . ومطول دى لويادير فى المقود ، الجزء الثالث ، ص ٢٤٥ .

الفصل الثالث

نهاية عقود التوريد

المبحث الأول

النهاية الطبيعية لعقود التوريد

١ - تنتهى عقود التوريد الفورية بتسليم البضائع المتفق عليها، وتنتهى عقود التوريد الزمنية بانقضاء المدة المقررة للتوريد . ولا جديد فى هذا الخصوص الا فيما يتعلق بالنظام القانونى المقرر لاستلام البضائع الموردة وما يترتب على قبول البضائع الموردة أو رفضها من آثار .

٢ - وهنا أيضا يوجد نوعان من الاستلام : المؤقت والنهائى . ولكن ليس للترقية بين النوعين فى حالة عقود التوريد ، تلك الأهمية التى لمسناها فى نطاق عقود الأشغال . وأحيانا يندرج نوعا الاستلام ، وذلك متى قبلت الادارة الأصناف مرة واحدة وبصفة نهائية .

٣ - هذا وقد نظمت لائحة المناقصات والمزايدات اجراءات تسليم الأصناف الموردة على أساس التمييز بين الاستلام المؤقت والاستلام النهائى : فنصت المادة ٨٨ من اللائحة الجديدة (والتى تقابل المادة ١٠٠ من اللائحة الملغاة) على أنه « يلتزم المتعهد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها فى الميعاد أو المواعيد المحددة ، خالصة جميع المصروفات والرسوم ، ومطابقة لأمر التوريد وللمواصفات أو المعينات المعتمدة ، ويتسلم أمين مخزن الاستقبال ما يورده المتعهد بالعدد أو الوزن أو المقاس بحضور مندوب المتعهد ، ويعطى عنه ايصالا مؤقتا مختوما بخاتم جهة الادارة موضعا به اليوم والساعة

التي تم فيها التوريد ، ويقرر فيه حالة الأصناف من حيث سلامتها وذلك لحين اخطار المتعهد بميعاد اجتماع لجنة الفحص . . » .
ولا يترتب على التسليم المؤقت انتقال الملكية وتبعية الهلاك من المورد الى الادارة . كما أن للادارة أن تثبت فساد الأصناف الموردة حتى تمام الاستلام النهائي^(١) .

٤ - وعقب اتمام التسليم المؤقت السابق ، يتعين تحديد موعد لاجتماع لجنة الفحص ، والتي تختص باختيار الأصناف الموردة تمهيدا لاستلامها نهائيا . وقد أوجبت المادة ٨٨ من اللائحة الجديدة على جهة الادارة المتعاقدة ، اخطار المتعهد بميعاد اجتماع لجنة الفحص ليتمكن من حضور اجراءات الفحص والاستلام النهائي « ويجب أن يتم ذلك الاخطار في خلال ثلاثة أيام عمل من تاريخ اليوم التالي لصدور الايصال المؤقت » . هذا وقد فسرت المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ٢٠ يونية سنة ١٩٧٠ (س ١٥ ، ص ٤٣٢) أن المادة ١٠٠ من اللائحة الملغاة « ٠٠٠ لم تقرر حقا للمتعهد في حضور عملية الفحص في ذاتها ، فقد أوضحت المادة ١٣٠ من اللائحة الفرض من هذا الاخطار ، وهو أن يحضر المتعهد - على حسابه - العمال اللازمين لفتح الطرود وتسليمها الى أمين المخزن أو لجنة الفحص بحضوره أو بحضور مندوبه . وأضافت المادة ١٣٣ بالنسبة الى الصفقات الموردة التي تزيد قيمتها على خمسمائة جتية أن يكون أخذ العينات اللازمة بحضور لجنة الفحص والمتعهد أو مندوبه ، ويحتفظ بأحداها رئيس اللجنة بعد ختمها بخاتمه وخاتم المتعهد أو مندوبه ، ويعمل محضر بذلك توقيعه لجنة الفحص والمتعهد أو مندوبه ، وترسل العينة للمعمل الكيميائي بعد اعطائها رقما سريا . وحاصل ذلك أن عملية الفحص في حد ذاتها ، منفصلة عن الاجراءات السابقة

(١) حكم المجلس الصادر في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ في قضية «Sté. des forges» المجموعة في ٩٠٩ ، وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٤١ في قضية «Etabl. Gebels» المجموعة من ١٩٠ .

عليها ، ولم تقرر اللائحة حقا للمتهم في حضورها ، بل أوجبت سريتها في حالة زيادة قيمة الصفقة الموردة على خمسمائة جنيه ، بما يؤيد أن الأصل هو عدم حضور المتهم عملية الفحص في ذاتها » .

٥ - وتسلك لجنة الفحص عادة « بيلين :

الأول : أن تقرر قبول الأصناف لمطابقتها للمواصفات ، وفي هذا الخصوص تقرر الفقرة الأخيرة من المادة ٨٨ من اللائحة الجديدة (والمقابلة للمادة ١٠٠ من اللائحة الملغاة) أن قرار اللجنة بقبول أو رفض الأصناف يعتبر نهائيا « وذلك بمجرد اعتماده من السلطة المختصة بالاعتماد » - ويترتب على قبول الادارة للأصناف الموردة نتائج هامة يمكن اجمالها فيما يلي :

(أ) يتحرر المورد من كافة التزاماته ، كما أن الادارة لا تستطيع أن تتمسك قبله بعيوب تظهر بعد تاريخ هذا الاستلام النهائي^(١) ، اللهم الا اذا ثبت أن خفاء تلك العيوب وعدم اكتشافها الادارة لها وقت الاستلام النهائي كان يرجع الى غش «fraudes» من جانب المورد^(٢) .

ولم يقطع مجلس الدولة الفرنسي بشكل حاسم فيما يتعلق بحكم العيوب الخفية ، والتي لم يكن من المتيسر اكتشافها عند الاستلام . ورجح الأستاذ دي لوبادير تحميل المورد مسؤولية تلك العيوب استنادا الى احكام غير مباشرة لمجلس الدولة الفرنسي^(٣) .

ولقد وجدنا تطبيقا طريفا للمحكمة الادارية العليا لهذه الحالة في حكمها الصادر في ٢٠ مارس سنة ١٩٧١ (س ١٦ ، ص ١٧٥)

(١) حكم المجلس الصادر في ١٤ مارس سنة ١٩٢٨ في قضية «Segués» المجموعة ص ٣٥٨ .

(٢) حكم المجلس الصادر في ١٢ يوليو سنة ١٩٢٩ في قضية «Vézin» مجلة القانون لعام سنة ١٩٣١ - ص ٣٣٢ .

(٣) مطوله في المقود ، الجزء الثالث ، ص ٢٦٤ ، والحكم الذي استند اليه هو حكم المجلس الصادر في ١٢ يوليو سنة ١٩٢٩ في قضية «Vézin» مجلة القانون العام سنة ١٩٣١ ص ٣٣٢ .

فى قضية تتلخص ظروفها فيما يلى : تماقت الادارة على توريد ورق « ستنسل » طبقا لعينة محددة ، قدمها المورد وقبلتها الادارة بعد الفحص . وبعد أن تم التوريد وبدأ الاستعمال ، وجدت الادارة أن الصنف المورد لا يطبع الكميات الكافية ، وأن الورق يتمزق بالاستعمال ، فأوقفت دفع باقى الثمن وطالبت المتعهد بأن يورد صنفًا أجود . ولما طرح النزاع أمام مجلس الدولة المصرى ، رفضت كل من محكمة القضاء الادارى ، والمحكمة الادارية العليا اعتبار ما اكتشفته الادارة عيبًا خفيًا . وبعد أن استعرضت المحكمة الادارية العليا حكم المادة ٤٤٧ من القانون المدنى والخاصة بضمان الميوب الخفية ، وأحكام المواد ١٠٠ و ١٢٩ و ١٣١ من لائحة المناقصات والمزايدات الملغاة قالت : « ان لائحة المناقصات تضمنت تنظيمًا كاملاً لفحص الأصناف المشتراه ، طبقاً لمقود التوريد ، من شأنه أن تتمكن جهة الادارة من التحقق من مطابقة المبيع لشروط العقد ومواصفاته ، والوفاء بالفرض المقصود منه ، ولها على ضوء ما تجرى من تجارب وفحص أن تقرر ، اما قبول الصنف أو رفضه بناءً على ما تقررره لجنة الفحص ، واعتماد المصلحة لقرارها . ويكون القرار الصادر فى هذا الشأن نهائياً ، أى يكون ملزماً لطرفى العقد . ومن حيث أنه يبين من هذا التنظيم المتكامل الذى نصت عليه لائحة المناقصات أن المشرع أوجب على الجهة الادارية أن تفحص الأصناف الموردة بعناية أشد من عناية الرجل العادى ، ومن حيث أن المطلاعون ضده قد بصر الجهة الادارية بوجود أكثر من صنف من الأوراق ، وأحاطها علماً بسعر كل نوع منها ، فاختارت أقلها سعراً ، ومفروض أن تقنع الجهة الادارية بالنتائج التى يحققها هذا الصنف والتى تتناسب مع سعره » .

وقد أقرت المحكمة الادارية العليا مبادئ مماثلة فى حالة بيع الادارة لمنقولات بالمزاد^(١) .

(١) حكمها الصادر فى ١١ أبريل سنة ١٩٧٠ (س ١٥ ، ص ٢٦٤) وفيه تقرر المحكمة :

وإذا كانت عقود التوريد لا يتضمنها حكم عام بضمان المورد للأصناف خلال مدة معينة - كما هو الشأن فيما يتعلق بمقود الأشغال العامة - فإن الإدارة حرة في أن تضمن عقدها مثل هذا الحكم السابق ، فيلتزم المورد بضمان البضائع الموردة خلال المدة المنصوص عليها في العقد .

(ب) تنتقل ملكية البضائع من المورد الى الإدارة : ويترتب على انتقال الملكية انتقال تبعة الهلاك كما رأينا في عقود الأشغال العامة .
الا إذا نص على غير ذلك في العقد ، لاسيما في الفترة الواقعة بين الاستلام المؤقت والاستلام النهائي .

(ج) حق المورد في الحصول على الثمن أو على ما بقي منه : وفي هذا الخصوص تقرر المادة ٩١ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة (والتي تقابل المادة ١٠٤ من اللائحة المرفقة) : « يصرف ثمن الأصناف الموردة في خلال خمسة عشر يوم عمل على الأكثر ، تحسب من تاريخ اليوم التالي لاتمام اجراءات التحليل الكيميائي أو الفحص الفني » وإذا تأخرت الإدارة في أداء المبالغ المستحقة للمورد ، فإن

(أ) وفقا للمادة ١٤٨ من القانون المدني ، ينبغي تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه « ومتى كان الثابت أن الأصناف المبيعة قد حُدثت مواصفاتها ومقاديرها في العقد ... فإن الإدارة تسأل عن كل نقص في مقاديرها بحسب ما يقضى به المرفى الجاري عليه العمل في المعاملات » .

(ب) على الإدارة قبل أن تطرح أصنافا للبيع أن تتبع اجراءات ادارية معينة للتأكد من عدم الحاجة إليها « ... بحيث لا يستسأغ بعد أن يجري المزا ، ويخطر المتزايدون بقبول عطاءاتهم ، ويتم التعاقد ... التذرع في مقام التنصل من التعاقد الذي تم في شأن بيع هذه الأصناف كلها أو بعضها ، بأن هذه الاجراءات و بعضها لم يتبع قبل اجراء المزا أو أن الجهة الادارية قد تبينت بعد اتمام التعاقد أنها بحاجة الى كل أو بعض الأصناف التي جرى بيعها » وهذا المبدأ محل نظر لأن للادارة - وفقا للصالح العام - أن تعدل من ابرام العقد كما أوضحنا فيما سلف ، على أن تموض المتعاقد على التفصيل السابق ، لأن الأمر ليس بمراقبة الإدارة على خطتها ، ولكن تحقيق الصالح العام رغم خطأ الإدارة .

(ج) ان اصطلاح « تحت المجز والزيادة » لا يمتنى أكثر مما جاء في المادة ١٥٠ فقرة رابعة من لائحة المناقصات والمزايدات من أن التسليم الفعل قد يترتب عليه بعض النقص أو الزيادة المسموح بهما في المرفى ولا تجيز هذه العبارة للادارة بحال من الأحوال أن تنتقص من كميات الأصناف المبيعة من معد واختيار » .
(م ٥٣ - المقود الادارية)

مجلس الدولة الفرنى يحكم عليها بفوائد تأخير عن تلك المبالغ من وقت المطالبة بها بعد اتمام التسليم النهائي^(١) . وهو المعنى المستمد من قضاء المحكمة الادارية العليا الذى سبقته الاشارة اليه .

الثانى : أن تقرر الادارة رفض قبول الأصناف (Rebut) ولا يكون ذلك الا فى حالة عدم مطابقة الأصناف الموردة للمواصفات بما يجعلها غير صالحة للغرض الذى تريدها الادارة من أجله . وهنا أيضا تقرر المادة ٩٠ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة أنه اذا رفضت لجنة الفحص صنفا أو أكثر من الأصناف الموردة أو وجد فيها نقص أو مخالفة للمواصفات أو العيّنات المعتمدة ، يخطر المتعهد بذلك كتابة بالبريد الموصى عليه بعلم الوصول بأسباب الرفض ، وبوجوب سحب الأصناف المرفوضة ، وتوريد بدلها . ويجب أن يتم ذلك الاخطار فور صدور قرار اللجنة فى ذات اليوم أو اليوم التالى على الأكثر ، ويلتزم المتعهد بسحب الأصناف المرفوضة خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالى لاختطاره . فاذا تأخر فى سحبها فيكون لجهة الادارة الحق فى تحصيل مصروفات تخزين بواقع ٢٪ من قيمة الأصناف عن كل أسبوع تأخير أو جزء منه ولمدة أقصاها أربعة أسابيع . وبعد انتهاء هذه المدة يكون لجهة الادارة الحق فى أن تتخذ اجراءات بيعها فورا ، وأن تخصم من الثمن ما يكون مستحقا لها ، ويكون البيع وفقا لأحكام لائحة المناقصات والمزايدات .

ويترتب على رفض الادارة للبضائع الموردة نتائج أهمها :

(أ) التزام المورد بسحب الأصناف المرفوضة : والا تعرض لدفع مصروفات تخزين على النحو المقرر فى المادة ٩٠ والتي أوردناها فيما سبق ، بل وقد يتعرض لبيع الأصناف المرفوضة على حسابه كما هو مقرر فى ذات المادة .

(ب) بقاء التزام المورد بتوريد ما يحل محل الأصناف المرفوضة .

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٤ فى قضية جموعة «Hayoma Actual-jur» سنة ١٩٥٥ ، القسم الثانى ، ص ٧٢ .

(ج) تعرض المورد في حالة التأخير لتحمل الجزاءات المنصوص عليها في المادة ٩٢ من اللائحة الجديدة (والتي تقابل المادة ١٠٥ من اللائحة الملغاة) والتي سبق أن ذكرنا نصها .

٦ - ورفض الأصناف الموردة أو استلامها هما الاحتمالان الغالبان كما ذكرنا . ولكن يجوز أن تسلك الإدارة موقفا وسطا يتمثل في الحلين التاليين :

أولا : تأجيل استلام البضائع ، مع دعوة المورد الى أن يدخل عليها من الإصلاح ما يجعلها مطابقة للمواصفات التي تريدها الإدارة . وهذه الحالة مجرد تطبيق للقواعد العامة . ومن ثم يجوز التجاء الإدارة اليها دون حاجة الى نص .

ثانيا : وقد ترى الإدارة قبول الأصناف الموردة على خلاف الشروط ولكن مع تخفيض السعر بنسبة معينة مما يطلق عليه بالفرنسية اصطلاح (Réfaction) ولا يكون ذلك الا اذا كانت مخالفة الأصناف للمواصفات بدرجة لا تحول دون صلاحية البضائع للأغراض المعدة لها . وقد نظمت المادة ١٠١ من اللائحة الجديدة (المادة ١٣٧ من اللائحة الملغاة) هذه الحالة كما يلي :

أولا : أوجبت اللائحة - كأصل عام - على جهة الإدارة المتعاقدة ان تأخذ بنتيجة التحليل أو الفحص الفني الذي تجريه الجهات المختصة . فاذا قطعت تلك النتائج بعدم مطابقة الأصناف الموردة للمواصفات ، تعين على جهة الإدارة المتعاقدة رفض الأصناف .

ثانيا : ولكن اللائحة ، أجازت على سبيل الاستثناء ، قبول الأصناف غير المطابقة للمواصفات ، بشروط حددتها :

(أ) اذا كانت نسبة النقص أو المخالفة في الأصناف لا تزيد على ٢٠٪^(١) عما هو مطلوب بالمواصفات المتعاقدة على أساسها ويشترط أن تكون الحاجة مابة لقبول الصنف أو الأصناف رغم ما بها من نقص أو مخالفة ، وأن يكون السعر بعد الخفض مناسباً لمثيله في السوق .

(١) كانت النسبة في اللائحة الملغاة ١٠٪

وقد أضافت المادة ١٠١ من اللائحة الجديدة ، الى هذا المبدأ العام شروطا تكميلية يتمعن مراعاتها وهي :

١ - يجب أن تقرر لجنة الفحص صلاحية الأصناف المرفوضة للأغراض المطلوبة من أجلها ، وأنه لن يترتب على قبولها ضرر بالجهة ، كما تحدد اللجنة مقدار الخفض في الثمن المقابل للنقص أو المخالفة .

٢ - الأصناف التي تكون نسبة النقص في مواصفاتها لنفاية ٢٪ يكون قبولها بنخس مقدار الخفض في الثمن الذي قدرته اللجنة .

٣ - الأصناف التي تكون نسبة النقص في مواصفاتها أكثر من ٢٪ لنفاية ١٠٪ يكون قبولها بنخس مقدار الخفض في الثمن الذي قدرته اللجنة مضافا إليها غرامة مقدارها ٥٠٪ من هذا المقدار .

٤ - الأصناف التي تكون نسبة النقص في مواصفاتها أكثر من ١٠٪ لنفاية ٢٠٪ يكون قبولها بنخس مقدار الخفض في الثمن الذي قدرته اللجنة مضافا اليه غرامة مقدارها ١٠٠٪ من هذا المقدار .

٥ - في جميع الحالات يكون القبول بموافقة لجنة البت وسلطة الاعتماد وبشرط أن يقبل المورد كتابة هذا النخس ، والا فيرفض الصنف وتطبق أحكام المناقصات والمزايدات .

وواضح من العرض السابق أن التنظيم الذي أورده المادة ١٠١ الجديدة هو تنظيم ملزم للإدارة لا تستطيع التحلل منه .

٧ - وقرارات الإدارة في خصوص الاحتمالات السابقة ، تخضع لرقابة القضاء الإداري ، الذي يملك دائما الحق في إلغاء القرارات الإدارية التي يثبت عدم مشروعيتها ، كما أنه يستطيع أن يحكم على الإدارة بالتعويضات اللازمة لمواجهة الأضرار التي تترتب على قراراتها غير المشروعة أو التمسفية . ونجد تطبيقا لهذه الحالة في حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٧ يونية سنة ١٩٦٧ (س ١٢ ، ص ١٢٠٠) وتدور وقائع النزاع حول عقد توريد معاطف صوف لجهة إدارية ، أثبت الفحص وجود مخالفات في المواصفات

بالنسبة الى الصنف المورد نتيجة لانخفاض نسبة الصوف فيه .
قبلت الادارة البضاعة الموردة بالرغم من ذلك ، مع تخفيض الثمن ،
ولم تر فسخ العقد ، ولكنها أصدرت قرار بشطب المتعاقد من قائمة
الموردين للتلاعب فى الصنف المورد - ولكن كلا من محكمة القضاء
الادارى والمحكمة الادارية العليا رفضت اقرار الادارة على الشطب ،
وجاء فى حكم المحكمة الادارية العليا المشار اليه قولها بهذا الصدد :
« ان مجرد مخالفة المواصفات المتفق عليها لا يشكل غشا أو تلاعبا
يدعو الى شطب اسم المتعهد من قائمة المتعاملين مع الادارة ، اذ يلزم
حتى ترقى مخالفة المواصفات الى مرتبة الغش أن يثبت علم المتعهد
بهذه المخالفة بما ينطوى عليه هذا العلم من الخداع من جانب المدعى
فى حقيقة الشيء المسلم من حيث نوعه أو طبيعته أو صفاته الجوهرية
التي جرى التعاقد عليها ، ففى هذه الحالة يتوافر سوء القصد الدال
على استعمال الغش المبرر للشطب - كذلك فان مجرد مخالفة
المواصفات فى الكمية القليلة التى قام المدعى بتسليمها الى العمال
فى محله ، وفى الظروف التى تم فيها هذا التسليم ، لا يعد تلاعبا ؛
ذلك أن التلاعب الذى يجاوز الاهمال ، ولا يرقى الى مرتبة الغش ،
والذى يتعذر حصر مختلف أماليه ، وشمى صورته ، يفترض اتیان
المتعهد أعمالا تنم عن عدم التزام المتعهد بالمادة فى تنفيذ التزاماته ،
ومحاولة ايجاد الثغرات للتحلل منها ، ابتغاء المصوول على منفعة
غير مشروعة على حساب المصلحة العامة التى يستهدفها العقد
الادارى » .

المبحث الثانى

النهاية المبسرة لعقود التوريد

١ - وهنا أيضا تطبق القواعد العامة التى تسرى على سائر
العقود فيما يتعلق بالفسخ - ومن ثم فان عقود التوريد تنتهى نهاية
مبسرة بالطرق الآتية :

أولا : فسخ العقد بالتراضى بين الادارة والمورد ، وحينئذ يترك
لهذا الاتفاق تنظيم الآثار التى يولدها ذلك الفسخ ، ويقتصر دور
القاضى على تطبيق شروط الاتفاق فى حالة النزاع بين الطرفين .

ثانيا : انقضاء العقد بقوة القانون ، اذا تحققت ظروف مهيئة تؤدي الى تلك النتيجة ، وأوضح صورها هلاك محل العقد .

ثالثا : الفسخ بحكم القضاء ، بناء على طلب المورد في الحالات المعروفة وهي :

- (أ) وجود المورد في حالة قوة قاهرة تحول بينه وبين التنفيذ .
- (ب) مخالفة الادارة لالتزاماتها التعاقدية مخالفة جسيمة لا يجدى التمويض في مواجهتها .
- (ج) اذا عدلت الادارة في التزامات المورد تعديلات جسيمة على النحو المعروف .

رابعا : انتهاء عقد التوريد بقرار من جانب الادارة وذلك :

(أ) اما لخطأ المورد ، لارتكابه عملا من الأعمال التي يرتب المشرع لها جزاء الفسخ ، اما بصورة اختيارية أو وجوبية على النحو الذي أوضحناه فيما سبق .

(ب) واما بدون خطأ ، ووفقا لمقتضيات الصالح العام .

خامسا : وقد تصدر تشريعات خاصة بتنظيم كيفية انهاء بعض عقود التوريد لمواجهة حالات معينة كانتهم الحرب مثلا . وحينئذ يمتنع اعمال النصوص التي ترد في تلك الاتفاقات .

٢ - ويترتب على فسخ عقود التوريد في جميع تلك الحالات انقضاء العقد ، وبالتالي تحرر الملتزم والادارة من التزاماتهما بمقتضى العقد .

ولكن يجب التفرقة بين حالات الانقضاء السابقة ، لمعرفة ما اذا كان مرجعها الى خطأ من جانب المورد ، وحينئذ لا حق له في المطالبة بتعويض عن فسخ عقده ، أو كان سببها مستقلا عن خطأ المورد ، وحينئذ يمتنع تعويض المتماقد عما يلحقه من خسارة ، وما يفوته من كسب ، من جراء انهاء عقده قبل الأوان ، وعلى التفصيل السابق .

ملحق

يشمل :

- أولا : القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة ،
والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ •
- ثانيا : القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصات والمزايدات •
- ثالثا : قرار وزير المالية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصات والمزايدات •
- رابعا : المشروع التمهيدي لتقنين الأحكام الخاصة بعقود الإدارة •

أولا - القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧

ورقم ٦١ لسنة ١٩٥٨

١ - القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة

مادة ١ - « لا يجوز منع التزامات المرافق العامة لمدة تزيد على ثلاثين سنة » .

مادة ٢ - « يكون لمناح الالتزام الحق في إعادة النظر في قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية على الأسس التي تحدد في وثيقة الالتزام » .

مادة ٣ « لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية في صافي أرباح استغلال المرفق العام عشرة في المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال » .

وما زاد على ذلك من صافي الأرباح يستخدم أولا في تكوين احتياطي خاص للسنوات التي تقل فيها الأرباح عن ١٠٪ وتقف زيادة هذا الاحتياطي متى بلغ ما يوازي ١٠٪ مع رأس المال .

ويستخدم ما يبقى من هذا الزائد في تحسين وتوسيع المرفق العام أو في خفض الأسعار حسبما يرى مانح الالتزام .

مادة ٤ - « يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته » .

مادة ٥ - « لمناح الالتزام دائما متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعادل مع تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله ، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به ، وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التمويض ان كان له محل » .

مادة ٦ - « اذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ، ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها وأفضت الى الاخلال بالتوازن المالى للالتزام أو الى تعديل كيانة الاقتصادى كما كان مقدارا وقت منح الالتزام جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار ، واذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله ، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر فى استغلاله أو لخفض الأرباح الباقطة الى القدر المقبول » .

مادة ٧^(١) - « لمانح الالتزام أن يراقب انشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والادارية والمالية .

وله فى سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه فى مختلف الفروع والادارات التى ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق ، ويختص هؤلاء المندوبون بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام .

ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية ، بناء على اقتراح الوزير مائج الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام أن يعهد الى ديوان المحاسبة (الجهاز المركزى للمحاسبات) بمراقبة انشاء المرفق وسيره من الناحية المالية أو أن يعهد بالرقابة الفنية والادارية عليه الى أية هيئة عامة أو خاصة .

كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفى وزارته أو غيرها مع الوزارات والهيئات العامة لتولى أمر من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة .

وفى هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة (الجهاز المركزى للمحاسبات) أو الهيئة المكلفة بالرقابة دراسة النواحي التى نيط بها رقابتها ، وتقديم تقرير بذلك الى كل من الوزير المختص والجهة مانحة الالتزام . وعلى الملتزم أن يقدم الى مندوبى الجهات التى تتولى

(١) معدلة بمقتضى القانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ ثم بالقانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ .

الرقابة وفقا للأحكام السابقة ، كل ما قد يطلبوه مع أوراق أو معلومات أو بيانات أو احصاءات ، كل ذلك دون الاخلال بحق مانح الالتزام فى فحص الحسابات والتفتيش على ادارة المرفق فى أى وقت » .

مادة ٨ - « تسرى أحكام هذا القانون من وقت صدوره على الالتزامات السابقة مع احترام المدد المتفق عليها بشرط الا تزيد على ثلاثين سنة من تاريخ العمل به ، وذلك مع عدم الاخلال بأحكام أى اتفاق صدر بقانون سابق على هذا القانون » .

مادة ٨ مكرر^(١) - « لا يجوز المجز ولا اتخاذ اجراءات تنفيذ أخرى على المنشآت والأدوات والآلات والمهمات المخصصة لادارة المرافق العامة » .

مادة ٩ - على الوزراء . . .

٢ - القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨

مادة ١ - « يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، وكذلك أى تعديل فى شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الاتاة (العائدات) بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة «مجلس الأمة» .

ويكون تعديل ما عدا ذلك بقرار من الوزير المختص .

على أنه بالنسبة الى موارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور المتباعدة لوزارة الحربية يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمارها وتعديل شروطها بقرار من وزير الحربية اذا لم تتجاوز مدة الامتياز خمس سنوات » . (أضيفت الفقرة الأخيرة بمقتضى القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٦٠) .

(١) مضافة بمقتضى القانون رقم ٥٢٨ لسنة ١٩٥٥ .

ثانيا - القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣

باصدار قانون تنظيم المناقصات والمزيادات

رئيس الجمهورية

باسم الشعب

قرر مجلس الشعب القانون الآتي نصه ، وقد أصدرناه :

(المادة الأولى)

تسرى أحكام القانون المرافق على جميع الوزارات والمصالح
وحدات الادارة المحلية والهيئات العامة، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص
خاص في القوانين أو القرارات الخاصة بانشائها .

(المادة الثانية)

تحدد اللائحة التنفيذية المقصود بمباراة السلطة المختصة في تطبيق
أحكام هذا القانون . والى أن تصدر هذه اللائحة يتولى الوزير أو
المحافظ أو رئيس مجلس الادارة كل في حدود اختصاصه تحديد
المقصودة بمباراة السلطة المختصة .

(المادة الثالثة)

يلغى القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات والمزيادات
والقوانين المعدلة له ، كما يلغى كل حكم يتعارض مع أحكام هذا
القانون .

(المادة الرابعة)

يصدر وزير المالية خلال ثلاثة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون
اللائحة التنفيذية له ، والى أن يتم اصدار هذه اللائحة يستمر
العمل باللوائح والقرارات المعمول بها حاليا فيما لا يتعارض مع
أحكام هذا القانون .

(المادة الخامسة)

ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ، ويعمل به بعد ثلاثين
يوما من تاريخ نشره .

يبصم هذا القانون بخاتم الدولة ، وينفذ كقانون من قوانينها .
صدر برئاسة الجمهورية في ٧ جمادى الأولى سنة ١٤٠٣
(٢٠ فبراير سنة ١٩٨٣) .

حسنى مبارك

قانون تنظيم المناقصات والمزايدات

الباب الأول

فى شراء المنقولات وتقديم الخدمات واجراءات المقاولات

مادة ١ - يكون التعاقد على شراء المنقولات وتقديم الخدمات ومقاولات الأعمال ومقاولات النقل عن طريق مناقصات عامة يعلن عنها •

ويجوز استثناء وقرار مسبب من السلطة المختصة التعاقد باحدى الطرق الآتية :

(أ) المناقصة المحددة •

(ب) المناقصة المحلية •

(ج) الممارسة •

(د) الاتفاق المباشر •

مادة ٢ - تخضع المناقصة العامة لمبادئ المساواة وحرية المنافسة ، وهى أما داخلية يعلن عنها فى جمهورية مصر العربية أو خارجية يعلن عنها فى مصر والخارج •

مادة ٣ - يكون التعاقد بطريق المناقصة المحددة فى الحالات التى تتطلب بحسب طبيعتها قصر الاشتراك فيها على موردين أو مقاولين معينين سواء فى داخل مصر أو فى خارجها على أن تكون قد ثبتت كفايتهم فى النواحى الفنية والمالية وأن تتوافر بشأنهم شروط السمعة •

مادة ٤ - يكون التعاقد بطريق المناقصة المحلية فيما لا تزيد قيمته على ٤٠٠٠٠ جنيه (أربعون ألف جنيه) ويقصر الاشتراك فيها

على الموردين والمقاولين المحليين الذين تقرر الجهة الادارية المختصة التعامل معهم .

مادة ٥ - يكون التعاقد عن طريق الممارسة فى الأحوال الآتية :

١ - الأشياء المحتكر صنعها أو استيرادها .

٢ - الأشياء التى لا توجد الا لدى شخص بذاته .

٣ - الأشياء التى لا يمكن تحديدها بمواصفات دقيقة .

٤ - الأعمال الاستشارية أو الفنية التى تتطلب بحسب طبيعتها اجراؤها بمعرفة فنيين أو أخصائيين أو خبراء معينين .

٥ - الحيوانات والطيور ومقاولات الأعمال ومقاولات النقل وتقديم الخدمات التى تتصف بالاستعجال أو الغرض المرغوب المحصول عليها من أجله أن يكون اختيارها وشراؤها من أماكن انتاجها ، أو التى تقضى المصلحة العامة أن تتم بطريقة سرية أو التى لم تقدم عنها أية عطاءات فى المناقصات أو قدمت عنها عطاءات بأسعار تزيد على أسعار السوق وكانت الجهة الطالبة فى حاجة عاجلة لا تسمح بإعادة طرحها فى المناقصة .

مادة ٦ - تتولى اجراءات الممارسة لجنة تشكل بقرار من السلطة المختصة من عناصر فنية ومالية وقانونية حسب أهمية وطبيعة التعاقد ويشترك فى عضويتها مندوب عن وزارة المالية اذا جاوزت القيمة عشرين ألف جنيه وعضو من مجلس الدولة اذا جاوزت القيمة مائة ألف جنيه .

ويكون تشكيل لجنة الممارسة فى حالة اجراء الممارسة فى خارج الجمهورية بقرار من السلطة المختصة على أن يشترك فى عضوية هذه اللجنة مندوب عن وزارة المالية اذا جاوزت القيمة مائة ألف جنيه وعضو من مجلس الدولة اذا جاوزت القيمة مائتى ألف جنيه . ولا يكون انعقاد لجنة الممارسة صحيحا فى الحالتين السابقتين

الا بحضور مندوب عن وزارة المالية أو مندوب عن وزارة المالية
وعضو من مجلس الدولة حسب الأحوال .

ويجوز للسلطة المختصة تفويض اللجنة المذكورة بالتعاقد مباشرة
ان وجدت مبررا لذلك .

ويجب في جميع الحالات أن يكون قرار لجنة الممارسة مسببا .
وتسرى على الممارسة الأحكام الخاصة بالمناقصات فيما لم يرد
بشأنه نص خاص بها في هذا القانون .

مادة ٧ - يجوز في الحالات العاجلة التي لا تحتل اجراءات
المناقصة وبناء على ترخيص من السلطة المختصة التعاقد بطريق
الاتفاق المباشر فيما لا تزيد قيمته على ٢٠٠٠ جنيه (ألفي جنيه)
بالنسبة للمشتريات العادية والخدمات ومقاولات النقل و ٤٠٠٠ جنيه
(أربعة آلاف جنيه) بالنسبة لمقاولات الأعمال كما يجوز التعاقد
بهذا الطريق لشراء أصناف محتكرة من شركات في الخارج ليس
لها وكلاء في مصر فيما لا تزيد قيمته على ٨٠٠٠ جنيه (ثمانية
آلاف جنيه) .

مادة ٨ - يجوز لوزارة الدفاع في حالات الضرورة التعاقد
بمناقصات محلية أو بالاتفاق المباشر أو الممارسة وفقا لأحكام
القانون رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٥٧ بشأن اعفاء عقود التسليح من
الضرائب والرسوم والقواعد المالية .

كما يجوز توزيع التموين في مثل تلك الظروف شراء مواد التموين
اللازمة لحاجة البلاد أو نقلها بمناقصات محلية أو بالاتفاق المباشر ،
وذلك بموافقة رئيس مجلس الوزراء في كل حالة وطبقا لما يقرره
من شروط وذلك مع عدم الاخلال بالقواعد المعمول بها بالنسبة
للهيئة العامة للمسلع التموينية .

مادة ٩ - يكون التعاقد في حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية
للأنشطة المقررة .

ويجوز إبرام عقود التوريدات والخدمات الدورية لمدة تتجاوز السنة المالية بشرط ألا يترتب عليها زيادة الالتزامات في إحدى السنوات المالية التالية عما هو مقرر في السنة التي يتم فيها التعاقد .

ويكون التعاقد بالنسبة للمشروعات الاستثمارية المدرجة بالخطة في حدود التكاليف الكلية المعتمدة ، وعلى أن يكون الصرف في حدود الاعتمادات المالية المقررة .

مادة ١٠ - يجب أن يكون التعاقد على أساس مواصفات فنية دقيقة ومفصلة ، ويجوز طلب تقديم عينات مع العطاءات ، كما يجوز التعاقد على أساس عينات نموذجية ، وفي مقاولات الأعمال يكون التعاقد على أساس رسومات فنية تعد لذلك .

مادة ١١ - يكون التعاقد على شراء الأصناف التي تستورد من الخارج وفقا لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية ومراعاة القرارات المنظمة للاستيراد .

مادة ١٢ - يكون البت في المناقصات بأنواعها عن طريق لجنتين تقوم احدهما بفتح المظاريف والأخرى بالبت في المناقصة .
على أنه بالنسبة للمناقصات التي تقل قيمتها عن ٥٠٠٠ جنيه (خمسة آلاف جنيه) فتكون فتح مظاريفها والبت فيها عن طريق لجنة واحدة .

مادة ١٣ - يصدر بتشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت قرار من السلطة المختصة على أن يراعى في تشكيلها أهمية وقيمة التعاقد ، على أن تضم تلك اللجان عناصر فنية ومالية وقانونية .

ويجب أن تمثل وزارة المالية بمن تنبيه في لجان البت اذا زادت القيمة التقديرية للمناقصات على خمسين ألف جنيه ، وأن يشترك في عضويتها عضو من ادارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة متى زادت القيمة على ثلاثمائة ألف جنيه .

ويكون انعقاد لجنة البت صحيحا الا بحضور مندوب عن وزارة المالية ، أو مندوب عن وزارة المالية وعضو من ادارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة حسب الأحوال .

مادة ١٤ - يجوز للجان البت أن تعهد الى لجان فرعية تشكلها من بين أعضائها بدراسة النواحي المالية والفنية في المطاءات المقدمة ومدى مطابقتها للشروط المعلنة ، كما يجوز أن يعهد الى تلك اللجان بالتحقق من توافر شروط الكفاية المالية والمقدرة الفنية وحسن السمعة لدى مقدمى المطاءات ، وللجنة البت أن تضم الى عضوية تلك اللجان من ترى الاستعانة برأيهم من أهل الخبرة .

وتقدم اللجان الفرعية تقريراً بنتيجة أبحاثها وتوصياتها الى لجنة البت ، وللجنة البت عدم الأخذ بهذه التوصيات بقرار مسبب تصدره .

مادة ١٥ - تمسك كل جهة إدارية سجلات لقيد أسماء الموردين والمقاولين سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين والبيانات الكافية عنهم كما تمسك كل جهة سجلات لقيد أسماء الممنوعين من التعامل سواء بنص قانوني أو بالقرارات الإدارية التى تتولى نشرها وزارة المالية فى الحالات المنصوص عنها بالمادة ٢٧ من هذا القانون ويحظر التعامل مع المقيدى فى هذا السجل .

مادة ١٦ - لا يجوز بعد فتح المظاريف الدخول فى مفاوضات مع أحد مقدمى المطاءات فى شأن تعديل عطائه ، ومع ذلك يجوز للجنة البت مفاوضة مقدم المطاء الأقل المقترن بتحفظ أو تحفظات للنزول عن كل تحفظاته أو بعضها بما يجعل عطائه متفقاً مع شروط المناقصة بقدر الامكان كما يجوز للجنة مفاوضة صاحب المطاء الأقل غير المقترن بتحفظات للنزول بسعره الى مستوى أسعار السوق .

وتجرى المفاوضة فى الحالتين المشار اليهما بقرار من السلطة المختصة .

مادة ١٧ - تلغى المناقصة بعد النشر عنها أو الدعوة إليها وقبل البت فيها بقرار من السلطة المختصة إذا استغنى عنها نهائيا أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، كما يجوز إلغاء المناقصة في الحالات الآتية :

(أ) إذا تقدم عطاء وحيد أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء واحد -

(ب) إذا اقترنت العطاءات كلها أو أكثرها بتحفظات -

(ج) إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد على القيمة السوقية -

ويكون الإلغاء في هذه الحالات بقرار من السلطة المختصة بناء على توصية لجنة البت ، ويجب في جميع الحالات أن يكون قرار إلغاء المناقصة مسببا -

مادة ١٨ - يجب إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطا والأقل سعرا -

ويعتبر العطاء المقدم عن توريدات من الانتاج المحلي أو عن أعمال أو خدمات تقوم بها جهات مصرية أقل سعرا إذا لم تتجاوز الزيادة فيه ١٥٪ من قيمة أقل عطاء أجنبي ، ولا يجوز الخروج على حكم هذه الفقرة إلا في حالات الضرورة القصوى التي تقتضيها المصلحة العامة وبموافقة وزير المالية -

وإذا تم استبعاد عطاء أو أكثر من بين العطاءات المقدمة وجب أن يكون قرار الاستبعاد مسببا -

مادة ١٩ - يجب أن يقدم مع كل عطاء تأمين مؤقت لا يقل عن ١٪ من مجموع قيمة العطاء في مقاولات الأعمال ولا يقل عن ٢٪ من قيمة العطاء فيما عدا ذلك -

مادة ٢٠ - على بائع العطاء المقبول أن يودع في فترة لا تتجاوز عشرة أيام تبدأ من تاريخ اليوم التالي لاختطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه ما يكمل التأمين المؤقت الى ما يساوى ٥٪

من قيمة مقاولات الأعمال التى رست عليه و ١٠٪ من قيمة العقود الأخرى ، وبالنسبة للمقود التى تبرم مع متعاقد فى الخارج يكون ايداع هذا التأمين فى فترة لا تتجاوز عشرين يوما - ويجوز بموافقة السلطة المختصة مد المهلة المحددة لايداع التأمين النهائى بما لا يجاوز عشرة أيام - ويكون التأمين النهائى ضامنا لتنفيذ العقد .

مادة ٢١ - تعفى من التأمين المؤقت والنهائى الهيئات العامة وشركات القطاع العام والجمعيات ذات النفع العام والجمعيات التعاونية المشهرة وفقا للقانون ، وذلك عن المروض الداخلة فى نشاطها وبشرط تنفيذها للعملية بنفسها ويجوز عند الضرورة للسلطة المختصة بمد موافقة لجنة البت اعفاء الشركات المحتكرة من ايداع التأمين المؤقت والنهائى اذا طلبت فى عروضها ذلك ، ولم تكن قد اشترطت الدفع المقدم ، ويجب أن يكون قرار الاعفاء مسببا .

مادة ٢٢ - فيما عدا مقاولات الأعمال ، يجوز بقرار مسبب من السلطة المختصة خفض التأمين النهائى فى الحدود التى تقدرها بحيث لا يزيد الخفض على ٥٠٪ من قيمة التأمين على أن يتضمن الاعلان عن المناقصة قيمة التأمين فى هذه الحالة .

ولا يحصل التأمين النهائى اذا قام صاحب المطام المقبول بتوريد جميع الأصناف التى رسا عليه توريدها وقبلتها الجهة الادارية المتعاقدة نهائيا خلال المدة المحددة لايداع التأمين النهائى .

مادة ٢٣ - تبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون كيفية أداء التأمين المؤقت والنهائى والاجراءات الواجب اتباعها فى هذا الشأن .

مادة ٢٤ - اذا لم يتم صاحب المطام المقبول بأداء التأمين النهائى الواجب ايداعه فى المدة المحددة له فيجوز للجهة المتعاقدة بموجب اخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ودون حاجة لاتخاذ أية اجراءات أخرى أو اللجوء الى القضاء أن تلغى العقد وتصادر

التأمين المؤقت أو أن تنفذه كله أو بعضه على حساب صاحبه بمعرفة الجهة المتعاقدة أو بواسطة أحد مقدمى المعلومات التالية لعطائه أو بالمناقصة أو الممارسة أو بالطريق المباشر .

ويكون لها الحق فى أن تنص من أية مبالغ تكون مستحقة أو تستحق له أيا كان سبب الامتثال لدى الجهة المتعاقدة أو لدى أية جهة إدارية أخرى كل خسارة تلحقها ، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها فى الرجوع عليه قضائيا بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري .

مادة ٢٥ - يجوز بموافقة السلطة المختصة صرف دفعات مقدمة تحت الحساب مقابل خطاب ضمان معتمد ، وذلك وفقا للشروط والنسب والحدود والأوضاع التى تبينها اللائحة التنفيذية .

مادة ٢٦ - إذا تأخر المتعاقد فى تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له جاز للسلطة المختصة إذا اقتضت المصلحة العامة إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لاتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير بالنسب وطبقا للأسس وفى الحدود التى تبينها اللائحة التنفيذية وينص عليها فى العقد بحيث لا يتجاوز مجموع الغرامة ١٥٪ بالنسبة لعقود المقاولات و ٤٪ بالنسبة لعقود التوريد .

وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة الى تنبيه أو اذار أو اتخاذ أى إجراءات إدارية أو قضائية أخرى .

ولا يخل توقيع الغرامة بحق جهة الإدارة فى مطالبة المتعاقد بتمويض كامل عما أصابها من أضرار نتجت عن تأخيره فى الوفاء بالتزاماته .

مادة ٢٧ - يفسخ العقد ويصادر التأمين النهائى فى الحالات الآتية :

١ - إذا امتثل المتعاقد الفسخ أو التلاعب فى معاملته مع الجهة المتعاقدة .

٢ - إذا ثبت أن المتعاقد قد شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر فى رشوة أحد موظفى الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون .

٣ - إذا أفلس المتعاقد أو أعسر .

ويشطب اسم المتعاقد فى الحالتين (١) ، (٢) من سجل المتعهدين أو المقاولين وتخطر وزارة المالية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية ، ولا يخل فسخ العقد ومصادرة التأمين بحق الجهة الادارية فى الرجوع على المتعاقد بالتعويضات اللازمة .

ويجوز بناء على طلب صاحب الشأن إعادة قيد المتعهد أو المقاول المشطوب اسمه فى سجل المتعهدين أو المقاولين اذا انتفى السبب الذى ترتب عليه شطب الاسم وذلك بصدور حكم نهائى ببراءة المتعاقد مما نسب اليه أو صدر قرار من النيابة العامة بالألا وجه لاقامة الدعوى ضده أو بحفظها اداريا ، على أن يعرض قرار إعادة قيده على وزارة المالية لنشره على كافة الجهات .

مادة ٢٨ - اذا أخل المتعاقد بأى شرط من شروط العقد كان للجهة المتعاقدة الحق فى فسخ العقد أو فى تنفيذه على حسابه .

ويتقرر الفسخ أو تنفيذ العقد على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصة يملن للمتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين فى العقد .

مادة ٢٩ - يكون للجهة المتعاقدة فى حالة فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد الحق فى مصادرة التأمين النهائى والحصول على جميع ما تستحقه من غرامات مما يكون مستحقا للمتعاقد لديها أو لدى أية جهة ادارية أخرى من مبالغ ، وذلك دون حاجة الى اتخاذ أى اجراءات قضائية .

الباب الثاني

في بيع المنقولات وتأجير المقاصف وغيرها

مادة ٣٠ - يكون تشمين الأصناف المرغوب في بيعها بمعرفة لجنة طريق مزايادة علنية عامة أو محلية أو المظاريف المفلقة . ويجوز عند الضرورة التصرف بالبيع أو الايجار دون مزايادة اذا لم تزد القيمة على ١٠٠٠ جنيه (ألف جنيه) ، وذلك طبقا للقواعد والاجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية .

كما يجوز امتثاء وبقرار مسبب من السلطة المختصة التصرف بالبيع أو الايجار عن طريق الممارسة في الحالات الآتية :

- ١ - الأصناف التي يخشى عليها من التلف ببقاء تخزينها .
 - ٢ - الأصناف التي لم تقدم عنها أية عروض في المزايدات أو التي لم يصل ثمنها الى الثمن الأساسي .
 - ٣ - حالة الاستعجال الطارئة التي لا تحتمل اجراءات المزايدة .
- مادة ٣١ -** تتولى اجراءات البيع أو التأجير لجان تشكل على النحو المقرر بالنسبة للجان فتح المظاريف والبت في المناقصات العامة أو المحلية وتسرى على البيع والتأجير بالممارسة ذات القواعد والاجراءات المنظمة للشراء بطريق الممارسة ، وذلك كله بما لا يتعارض مع طبيعة البيع أو التأجير .

ويجوز للسلطة المختصة أن تفوض لجنة البيع أو التأجير في المزايدة العلنية العامة والمحلية في التعاقد مباشرة .

مادة ٣٢ - يكون تشمين الأصناف المرغوب في بيعها بمعرفة لجنة تشكل بقرار من السلطة المختصة تضم الخبرات والتخصصات النوعية اللازمة ، ويحدد الثمن الأساسي وفقا للمعايير والضوابط التي تنص عليها اللائحة التنفيذية ، ويكون الثمن الأساسي سريا .

مادة ٣٣ - يكون ارساء المزايدة على مقدم أعلى سعر مستوف للشروط بشرط ألا يقل عن الثمن الاساسى .

مادة ٣٤ - تُلغى المزايدة بعد النشر عنها أو الدعوة اليها وقبل البت فيها اذا استغنى عن البيع أو التأجير نهائيا أو اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، ويجوز الغاء المزايدة أيضا فى الحالتين الآتيتين :

١ - اذا لم يتقدم فى المزايدة سوى عرض وحيد مستوف للشروط .

٢ - اذا لم تصل نتيجة المزايدة الى الثمن الاساسى .

ويجب فى جميع الحالات أن يصدر قرار الغاء المزايدة مسببا من السلطة المختصة .

وتنظم اللائحة التنفيذية ما يتبع من اجراءات فى حالة الغاء المزايدة .

البَابُ الثَّالِثُ

فى الأحكام العامة

مادة ٣٥ - لا يجوز إبرام عقد تزيد قيمته على ٥٠٠٠ جنيه دون أخذ رأى الجهة المختصة بمجلس الدولة الا اذا أبرم العقد على أساس شروط أخذ فيها رأى الجهة المذكورة أو أبرم على أساس شروط سبق ان أبرم على أساسها عقد مماثل اذا كانت هذه الشروط فى الحالتين لم يحصل فيها أى تغيير .

مادة ٣٦ - تحظر الوساطة فى التعاقد فيما لا يكون التعامل فيه بالبيع عادة الا للجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون ، ولا يسرى ذلك على التعاقد مع تلك الجهات اذا كان مركزه فى الخارج وكان له وكيل معتمد فى مصر .

مادة ٣٧ - يجوز للجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون التعاقد فيما بينها بطريق الاتفاق المباشر ، كما يجوز عند الاقتضاء لأى من هذه الجهات أن تنوب عن بعضها فى مباشرة اجراءات التعاقد فى مهمة معينة ، وفقاً للقواعد المعمول بها فى الجهة طالبة التعاقد .

ويحظر التنازل لغير هذه الجهات عن العقود التى تتم فيما بينها .

مادة ٣٨ - يحظر على العاملين بوحدة الجهاز الإدارى للدولة و وحدات الادارة المحلية والهيئات العامة التقدم بعطاءات أو عروض لتلك الجهات كما لا يجوز شراء أصناف منهم أو تكليفهم بتنفيذ أعمال . ولا يسرى ذلك على شراء الكتب من تأليفهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال فنية كالرسم والتصوير وما يماثلها أو شراء هذه الأعمال الفنية منهم اذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية ، وعلى أن يتم الشراء والتكليف فى الحدود ووفقاً للقواعد والاجراءات التى تبينها اللائحة التنفيذية .

كما يحظر على الماملين بتلك الجهات الدخول في المزايدات والممارسات بأنواعها الا اذا كانت الأشياء المشتراه لاستعمالهم الخاص وكانت مطروحة للبيع عن طريق جهات غير التي يعملون بها ولا تخضع لاشراف الجهة التي يعملون بها .

مادة ٣٩ - لا يجوز اللجوء الى تجزئة المشتريات أو الأعمال أو الخدمات بقصد التحايل لتفادى الاجرامات أو الضوابط أو الضمانات أو الشروط المقررة بأحكام هذا القانون .

مادة ٤٠ - يجب النص في شروط المطاء على أن تعتبر أحكام اللائحة التنفيذية لهذا القانون جزءا مكملا لهذه الشروط يخضع لها العقد .

ثالثا - اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات

القسم الأول الأحكام العامة

مادة ١ : يكون التعاقد فى حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية لسير العمل أو الانتاج على أساس دراسات واقعية وموضوعية تمدها الجهة المختصة مع مراعاة مستويات التخزين ومعدلات الاستهلاك ومقررات الصرف ولا يجوز التعاقد على أشياء يوجد بالمخازن أنواع مماثلة لها و بديلة عنها تفى بالغرض .

ويكون تقرير الاحتياجات الفعلية باعتماد رئيس الجهة الادارية أو من يفوضه .

مادة ٢ : يراعى عند التعاقد تقسيم الأشياء الى مجموعات متجانسة ، وتحقيقا لتكافؤ الفرص يتمين تجنب الإشارة الى النوع أو الوصف أو الرقم الوارد فى قوائم الموردين ، كما لا يجوز ذكر علامة معينة أو مواصفات مما تنطبق على نماذج خاصة أو مميزة .

مادة ٣ : يجب أن يكون التعاقد على أساس مواصفات فنية دقيقة ومفصلة يتم وضعها بمعرفة لجنة فنية ذات خبرة بالأصناف المطلوبة . وتراعى المواصفات القياسية المصرية ومواصفات التوريدات الحكومية وغيرها من المواصفات التى تصدرها أو تعتمد عليها الجهات الفنية المختصة .

وعلى اللجنة الفنية أن تراعى عند وضع المواصفات أن تكون ملائمة لطبيعة الانتاج المعلى كلما أمكن ذلك .

وفى الحالات التى يتطلب فيها التعاقد على أساس عينات فيجب

النص على وزنها أو مقاسها أو حجمها ، وفي الأصناف التى يلزم توريدها داخل عبوات يجب بيان نوع هذه العبوات وسميتها ومواصفاتها . وفى المقاولات يجب اعداد الرسومات الفنية اللازمة .

مادة ٤ : يجب قبل طرح الأصناف أو الخدمات أو الأعمال أو النقل فى الخارج الحصول على موافقة الوزير المختص ، على أن تبين مبررات ذلك فى مذكرة ترافق أوراق العملية .

مادة ٤ مكرراً^(١) : ويجب أن تتضمن شروط التعاقد - بالنسبة الى الحالات التى تستلزم نقل البضائع بحرا - النص على أن يتم النقل عن طريق الشركة المصرية لأعمال النقل البحرى ، ويكون الاستثناء من ذلك بموافقة وزير النقل البحرى أو من يفوضه .

مادة ٥ : يحظر التعاقد بقصد استنفاد الاعتمادات المالية كما يحظر فى الشهر الأخير من السنة المالية شراء أصناف أو اجراء مقاولات الا فى الحالات الاستثنائية التى تقتضيها ضرورة العمل ، على أن تبين مبررات ذلك فى مذكرة تعرض على السلطة المختصة بالاعتماد .

مادة ٦ : يجب على كل وحدة ادارية تقوم بالتعاقد على عمليات الشراء أو تقديم الخدمات أو اجراء المقاولات أو مقاولات النقل أن تمسك السجلات والنماذج الآتية بمعرفة ادارة المشتريات بها :

١ - سجل عام لقيد الموردين والمقاولين وبيوت الخبرة والاختصاصيين فى داخل الجمهورية وخارجها .

٢ - سجل خاص لقيد الموردين والمقاولين وبيوت الخبرة والاختصاصيين المحليين ، الذين تقرر الجهة الادارية المختصة التعامل معهم .

(١) مادة مضافة الى اللائحة بمقتضى قرار وزير المالية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٧
(الصادر فى ١٩٨٧/٤/٢١) .

ويثبت بكل من السجلين المشار اليهما البيانات الآتية :

اسم صاحب النشاط واسم الشهرة ان وجد .

الاسم التجارى .

اسم المدير أو الموظف المسئول .

العنوان القانونى (المحل المختار) .

أنواع النشاط .

رقم البطاقة الشخصية أو العائلة .

رقم البطاقة الضريبية .

رقم القيد فى السجل التجارى أو الصناعى أو سجل الوكلاء
التجارىين أو سجل قيد المقاولين بوزارة الاسكان أو فى أى سجل
آخر يكون القيد فيه واجبا قانونا .

اسم البنك أو البنوك التى يتعامل معها وعناوينها .

البيانات الخاصة بالكفاية الفنية والمالية .

أية بيانات أخرى تتطلبها طبيعة نشاط الجهة الادارية .

٣ - سجل قيد الممنوعين من التعامل .

و يثبت بالاضافة الى البيانات السابقة البيانات الآتية :

الجهة المصدرة لقرار حظر التعامل وتاريخ صدوره ورقمه .

أسباب حظر التعامل .

٤ - نموذج طلب عطاء محلى .

ويستعمل عند التعاقد عن طريق المناقصات المحلية .

٥ - سجل محاضر فتح المظاريف .

٦ - نموذج دفتر تفريغ المعطاءات أو العروض .

- ٧ - سجل أعمال وقرارات لجنة البت .
 - ٨ - نموذج اخطار قبول المعطاء .
 - ٩ - سجل قيد الميناء الدولية الواردة مع المعطاءات .
 - ١٠ - سجل قيد المناقصات .
 - ١١ - سجل قيد المناقصات المعلية .
 - ١٢ - سجل قيد الممارسات .
 - ١٣ - سجل قيد الاتفاقات المباشرة .
 - ١٤ - سجل قيد العقود الخارجية .
 - ١٥ - نموذج خطاب ضمان عن التأمينات المؤقتة .
 - ١٦ - نموذج خطاب ضمان عن التأمينات النهائية .
- ويحدد وزراء المالية النماذج المشار إليها ، كما يبين نظام امساك السجلات المذكورة والقيد فيها .
- ويحظر استعمال السجلات والنماذج المتقدمة فى غير الأغراض المخصصة لها ويحظر الكشف أو الشطب أو الطمس فى البيانات المثبتة فى تلك السجلات والنماذج ، على أنه اذا تطلب الأمر اجراء أى تصحيح فى تلك البيانات فيتمين أن يكون ذلك بالمداد الأحمر والتوقيع أمامه من المسئول المختص واعتماد الرئيس المباشر له واثبات التاريخ فى كل حالة ، ويجب اذا اقتضت الضرورة الغاء أى نموذج أو صفحة من سجل أن تثبت كلمة « ملغى » بين خطين مائلين متوازيين على النموذج أو الصفحة المراد الغاؤها مع بيان سبب الغاء .

مادة ٧ : تخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بالقرارات التى تصدرها الجهات المعنية ، بعد الرجوع الى ادارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة ، بشطب أو اعادة قيد الموردين و المقاولين ، وتتولى الهيئة نشر هذه القرارات وفقاً لأحكام قانون المناقصات والمزيادات .

مادة ٨ : يحظر على العاملين بالجهات الحكومية والهيئات العامة وجهات القطاع العام وجهات الادارة المحلية التقدم بطلبات أو عرض لأى من هذه الجهات ، كما لا يجوز شراء أصناف من هؤلاء العاملين أو تكليفهم بتنفيذ أعمال • ولا يسرى ذلك على شراء الكتب من تأليفهم أو تكليفهم بأعمال فنية كالرسم والنحت والتصوير وما يماثلها أو شراء هذه الأعمال الفنية اذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية • ويكون الشراء منهم أو تكليفهم بالعمل الفنى من نفس الكتاب أو نفس العمل الفنى الواحد فى السنة المالية الواحدة بترخيص من السلطات الآتية :

رئيس المصلحة
رئيس الادارة المركزية المختص
الوزير المختص أو من يمارس سلطاته
الهيئة العامة للخدمات الحكومية
وبالنسبة للكتب الدراسية فيخول وزير التعليم سلطة الموافقة على شرائها طبقا للقواعد العامة الواردة فى هذه اللائحة •
أما اذا كان العامل قد باع حق الطبع والنشر الى مكتبة أو فرد بمقد ثابت التاريخ قبل الشراء بستة أشهر على الأقل فيكون الشراء فى هذه الحالة طبقا لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة فى هذه اللائحة •
وبالنسبة لشراء حق التأليف أو الطبع أو النشر ، فيشترط لذلك أن يكون المؤلف وثيق الصلة بأعمال جهة الادارة وأن تكون فى حاجة ماسة الى الحصول عليه وألا تقل النسخ اللازمة منه عن ألف نسخة ، مالم يكن المؤلف قد وضع خصيصا بناء على طلب جهة الادارة فيجوز عند الضرورة أن يقل العدد عن ذلك • كما يشترط قيام لجنة تشكل من اخصائيين فى المادة التى تناولها المؤلف بفحص الكتاب وتقدير قيمته العلمية واقتراح المبلغ الذى تقدره مقابل هذا الشراء ، على أن يراعى فى تقدير القيمة عدد النسخ المطلوبة ومدة الانتفاع بهذا (م ٥٥ - العقود الادارية)

الحق • ويصدر بهذا الشراء قرار من الوزير المختص اذا لم تتجاوز القيمة ألف جنيه ومن وزير المالية فيما لا يتجاوز ٢٠٠٠ جنيه •

ويكون شراء حق التأليف أو الطبع أو النشر بالنسبة الى وزارة التربية والتعليم وفقا للقواعد التي يصدر بها قرار من رئيس مجلس الوزراء •

مادة ٩ : لا يجوز اضافة أو حذف أو تعديل أى شرط أو مادة فى الاشتراطات العامة أو الخاصة التى يتمين اقرارها من الجهات المختصة بمراجعة العقود بمجلس الدولة الا بعد الرجوع اليها وموافقتها •

مادة ١٠ - يمين كل وزير أو من يمارس سلطاته بقرار يصدره الادارات المركزية والمصالح التى يحق لرؤسائها مباشرة السلطات المخولة فى هذه اللائحة لرؤساء الادارات المركزية والمصالح ، وبالنسبة لوحدات الادارة المحلية فيعمل بالسلطات الواردة بقانونه ولائحته التنفيذية فى مباشرة السلطات المخولة لرؤساء الادارات المركزية والمصالح المبينة بهذه اللائحة •

مادة ١١ : لا يجوز الجمع بين رئاسة اللجان المنصوص عليها بهذه اللائحة وسلطات الاعتماد •

مادة ١٢ : تسرى على عقود الخدمات ومقاولات النقل كافة الأحكام الواردة بهذه اللائحة بشأن شراء المنقولات وذلك بما لا يتعارض مع طبيعة عملية الخدمة أو مقاوله النقل •

مادة ١٣ : كل مخالفة لأى حكم من أحكام هذه اللائحة تعرض المسئول عنها للمحاكمة التأديبية وفقا لأحكام قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة وذلك مع عدم الاخلال بحق اقامة الدعوى المدنية والجنائية ضد العامل المسئول عند الاقتضاء •

مادة ١٤ : مع عدم الاخلال بأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزيادات لا يجوز - فى الحالات الفردية - الاستثناء من أحكام هذه اللائحة الا عند الضرورة وبقرار من وزير المالية •

القسم الثانى

اجراءات التعاقد

الفصل الأول : المناقصة العامة

مادة ١٥ : يجب الاعلان عن المناقصة العامة فى الوقت المناسب فى الوقائع المصرية كما ينشر عنها مرتين فى جريدة أو جريدتين عربيتين يوميتين واسعتى الانتشار الا اذا كانت قيمة المناقصة تزيد على ٥٠٠٠٠ فينشر عنها ثلاث مرات ، ويجب أن يبين فى الاعلان الجهة التى تقدم اليها العطاءات وآخر موعد لتقديمها والصنف والعمل المطلوب وقيمة التأمين الابتدائى والنهائى وثمان النسخة من شروط العطاء وآية بيانات أخرى تراها جهة الادارة ضرورية لصالح العمل ، ويجب الاعلان عن المناقصات الخارجية فى مصر والخارج .

مادة ١٦ : تحدد مدة قدرها ثلاثون يوما على الأقل لتقديم العطاءات والمناقصات العامة وذلك من تاريخ أول اعلان عن المناقصة فى الوقائع المصرية . ويجوز بترخيص من رئيس الادارة المركزية المختص تقصير هذه المدة بشرط ألا تقل عن خمسة عشر يوما اذا دعت الضرورة الى ذلك . ولا يسرى ذلك التقصير على المناقصات انعاما المتعلقة بالتوريدات السنوية الا فى حالة اعادة طرحها ، وتحدد أقل مدة ممكنة لسريان العطاءات بحيث لا تزيد على شهر الا فى حالات الضرورة القصوى التى تحتتمها طبيعة وظروف موضوع المناقصة وبموافقة رئيس الادارة المركزية المختص ، وتحسب مدة سريان صحة العطاءات اعتبارا من التاريخ المحدد لفتح المظاريف على أن يتم البت فى المناقصة والاحطار فى حالة القبول قبل انتهاء مدة صلاحية سريان هذه العطاءات . فاذا تمذر ذلك فعلى الجهة الادارية أن تطلب فى الوقت المناسب الى مقدمى العطاءات قبول مدد مدة صلاحية سريان عطاءاتهم الى المدة اللازمة .

مادة ١٧ : يجب أن تمد كل جهة قبل الاعلان عن المناقصات كراسة خاصة بشروط العطاءات وقوائم الأصناف أو الأعمال وملحقاتها يتم طبعها وتوزيعها - بعد ختمها واعتماد مدير المشتريات لها - على من يطلبها وفقا للقواعد وبالشئمن الذى تحدده الجهة الادارية بشرط أن يكون بالتكلفة الفعلية لكراسة شروط العطاءات والمواصفات وكافة المستندات الملحقه بها مضافا اليه نسبة مئوية لا تزيد على ٢٠٪ كمصروفات ادارية -

ويتبع بشأن هذه الكراسات الاجراءات المخزنية المعمول بها من حيث الاضافة والصرف والالغاء .

وتترجم كراسة الشروط والقوائم والمواصفات فى حالة المناقصات الخارجية مع ذكر أن النص العربى هو المعمول عليه فى حالة الخلاف أو الالتباس فى مضمونها .

مادة ١٨ : يكون تشكيل لجنة فتح المظاريف بقرار من رئيس الادارة المركزية برياسة موظف تتناسب وظيفته ودرجته مع أهمية المناقصة وعضوية مدير القسم المختص وموظف فنى بالنسبة الى مقاولات الأعمال ، وعضوية مدير المشتريات أو نائبه بالنسبة الى المشتريات ، ويحضر اللجنة مندوب ادارة الحسابات ليتسلم التأمينات . ويجوز أن ينص القرار على ضم موظف آخر أو أكثر الى عضوية اللجنة .

مادة ١٩ : يتمين قبل موعد اجتماع لجنة فتح المظاريف ندب موظف ليتسلم العطاءات التى وردت الى قسم الوارد والى القسم المختص وصندوق العطاءات الموجود بكل جهة ادارية والذى تصد فتحته بطريقة لاتسمح باخراج أى شئ من محتوياته ويكون له قفلان يحفظ مفتاح أحدهما لدى رئيس الجهة أو من ينيبه ، والثانى لدى مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص .

كما يجب على قسم الوارد القيام بالتسليم الفورى لما يرد اليه من عطاءات الى لجنة فتح المظاريف صباح اليوم المحدد لفتح المظاريف

وحتى الساعة الثانية عشرة ظهرا موعد فتح المظاريف في جميع
المجهاا الادارية .

مادة ٢٠ : يقوم رئيس لجنة فتح المظاريف بفتح صندوق العطاءات
فى الساعة الثانية عشرة ظهرا فى اليوم المعلن لفتح المظاريف كأخر
موعد لتقديم العطاءات ، وعليه اتخاذ ما يأتى :

١ - اثبات الحالة التى وردت عليها العطاءات بمد التحقق من
سلامة الاختام .

٢ - اثبات عدد المظاريف فى محضر فتح المظاريف .

٣ - فض العطاءات بالتتابع . وكل عطاء يفتح مظلوفه يضع
رئيس اللجنة عليه وعلى مظلوفه رقما مسلسلا على هيئة كسر
اعتىادى بسله رقم العطاء ومقامه عدد العطاءات الواردة .

٤ - ترقيم الأوراق المكون منها العطاء واثبات عدد تلك
الأوراق .

٥ - قراءة اسم مقدم العطاء والأسماء وجملته العطاء على
الحاضرين من مقدمى العطاءات أو مندوبيهم .

٦ - اثبات جملة العطاءات بالتفقيط وقيمة التأمين المؤقت
المقدم .

٧ - التوقيع منه ومن أعضاء اللجنة على العطاء ومظلوفه وكل
ورقة من أوراقه على أن تثبت هذه البيانات فى السجل المد لذلك .

٨ - التأشير بدائرة حمراء حول كل كشط أو تصحيح مع وضع
خط أفقى قرين كل صنف لم يوضع له سعر بالعطاء والتأشير عليه ،
ويجب اثبات كل كشط أو تصحيح وضع حوله دائرة حمراء بمحضر .
لجنة فتح المظاريف مع بيان ما بداخل الدائرة الحمراء تفصيلا .

٩ - تفقيط الأرقام المفقطة بالحبر الأحمر .

- ١٠ - التوقيع منه ومن أعضاء اللجنة على جميع هذه التأشيريات .
١١ - التوقيع منه ومن جميع أعضاء اللجنة على محضر اللجنة بعد اثبات كافة الخطوات المتقدمة .

١٢ - تسليم التأمينات لمندوب الحسابات بعد توقيعه بالاستلام على محضر فتح المظاريف ، كما يوقع رئيس الحسابات فى نفس اليوم أو فى اليوم التالى على الأكثر بما يفيد مراجعته للتأمينات الواردة بها وبأنها قيدت بالحساب المختص .

١٣ - ارفاق العطاءات وجميع الأوراق الخاصة بها والمظاريف التى وردت فيها بمحضر اللجنة وتسليمها لمدير المشتريات أو نائبه أو لرئيس القسم المختص وذلك لحفظها فى خزانة مقفلة .

١٤ - مراجعة العيّنات المقدمة من مقدمى العطاءات على الكشف الذى دونت به هذه العيّنات عند ورودها بعد التأكد من سلامة أختامها وغلافاتها ، ويوقعها رئيس اللجنة مع جميع أعضائها ، كما يوقعون على العيّنات التى ترد داخل مظاريف العطاءات بعد اثباتها فى كشف خاص ، وتسلم العيّنات جميعا الى مدير المشتريات أو نائبه أو رئيس القسم المختص حسب الحال أدوة بأوراق العطاءات .

١٥ - يجب أن تتم اللجنة عملها بأكمله فى الجلسة ذاتها .

مادة ٢١ : لا يلتفت الى أى عطاء أو تعديل فيه يرد بعد الموعد المعين لفتح المظاريف ، على أن يراعى تقديمه فور وصوله الى رئيس اللجنة لفحصه والتأشير عليه بساعة وتاريخ وروده ، ثم يدرج فى كشف العطاءات المتأخرة . ومع ذلك يجوز للوزير المختص بعد موافقة لجنة البيت فى النظر فى التجاوز عن التأخير فى الحالات التى ترد فيها العطاءات المرسلة بطريق البريد قبل انتهاء لجنة فتح المظاريف من عملها ويشترط أن يكون التأخير لأبواب خارجة عن ارادة صاحب العطاء وأن يكون العرض المتأخر فى صالح الخزانة .

أما إذا ورد العطاء بعد انقضاء لجنة فتح المظاريف فلا يجوز قبوله .

وفى جميع الأحوال يعمل بأى خفض فى الأسعار الواردة بالعطاء يصل للجنة قبل انتهاء الميعاد المعلن لفتح المظاريف .

مادة ٢٢ : تتولى إدارة المشتريات أو القسم المختص فرز عينات كل صنف وقيدتها بالسجل الخاص بالعينات ، ويجب أن يبين بهذا السجل تاريخ المناقصة ونوعها . وعلى مدير المشتريات أو رئيس القسم أن يرسل فوراً أو فى خلال اليومين التاليين على الأكثر لتاريخ فتح المظاريف ما يقتضى إرساله منها الى المعمل الفنى الحكومى أو الى الجهة الفنية المختصة حتى يتسنى اجراء التحليل المطلوب على وجه السرعة . وعند ورود التقارير الخاصة بها تدون جميع البيانات بالسجل المذكور أمام كل عينة ليمرض على لجنة البت .

مادة ٢٣ : العينات المقدمة مع العطاءات التى لا يمكن بحسب طبيعتها التحقق من مطابقتها للمواصفات أو العينات النموذجية - بالمعاينة البسيطة - يجب إرسالها الى المعمل الفنى الحكومى المختص أو الى الجهة الفنية المختصة لفحصها واختبارها اذا كانت قيمة الصنف الواحد تزيد على ألفى جنيه . ويعتبر الصنف واحداً ولو اختلفت أوزان أو مقاسات أو ألوان وحداته . وعلى مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص أن يضع عليها أرقاماً سرية (مع مراعاة تعليمات الجهة الفاحصة) ويرسل معها كشفاً تفصيلياً ببيان مفرداتها والغرض الذى من أجله يراد شراء الصنف ومقدار الكمية المطلوبة وثمنها ، على أن يراعى ترتيبها فى الكشف ترتيباً تصاعدياً على أساس الأسعار المقدمة . ويجب توضيح ما قد يوضع عليها من أرقام سرية واختام وتوقيعات لتمييزها ولضمان عدم استبدال غيرها بها ، ومع ذكر التاريخ المعلن للبت فى المناقصة وذلك لكى تقوم الجهة الفاحصة بفحصها وموافاة الجهة المختصة بنتيجة الفحص قبل التاريخ المذكور بوقت كاف يسمح بفحص العطاءات على ضوء تقرير المعمل

عن العينات ورفع التوصيات اللازمة للجنة البت فى المناقصة فى
الميعاد المحدد . وعلى جهة الفحص الفنى أن تقوم بفحص المطام
واختبارها بالتتابع وأن تختصها وتضع عليها أرقاما سرية أخرى
لتمييزها ، وترسل عنها تقريراً وافياً بالنتيجة يبين به نسبة الجودة
مسئولة لكل عينة تم تحليلها وذلك للوصول الى أرخص عطاء يثبت
من التحليل أن العينة المقدمة منه تتفق والمواصفات . وعلى مدير
المشتريات أو رئيس القسم المختص أن يتحقق من حفظ تقارير
المعمل الفنى التى ترد تباعاً بملفات المناقصات بعد اثباتها فى
السجل الخاص بذلك وقبل عرضها على لجنة الفحص وكذلك التأشير
أمام كل تقرير برقم الملف المحفوظة فيه .

مادة ٢٤ : يكلف موظف مسئول أو أكثر بمراجعة المطام قبل
تفريغها مراجعة حسابية تفصيلية والتوقيع عليها بما يفيد هذه
المراجعة ، وإذا وجد اختلاف بين سعر الوحدة وأجمالى سعر الوحدات
يعمل على سعر الوحدة ويؤخذ بالسعر المبين بالتفقيط فى حالة وجود
اختلافات بينه وبين السعر المبين بالأرقام .

وتكون نتيجة هذه المراجعة هى الأساس الذى يعمل عليه فى
تحديد قيمة العطاء وترتيبه .

مادة ٢٥ : إذا شكأ مقدم المطام من حصول خطأ مائى فى عطائه
فيكون الفصل فى الشكوى من اختصاص لجنة البت والوزير المختص
بعد استطلاع رأى الجهة المختصة فى مجلس الدولة إذا اقتضى الأمر
ذلك .

مادة ٢٦ : يكلف مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص موظفاً
أو أكثر تحت إشرافه بتفريغ المطام على الاستمارة المعدة لذلك
من ثلاث صور ، وعليه أن يعيد ايداعها فى آخر كل يوم فى الخزانة
المقفلة لحين الانتهاء من التفريغ وتدوين جميع ملاحظات واشتراطات
مقدمى المطام التى تخالف اشتراطات جهة الادارة ويجب أن تتم
هذه العملية فى أقل وقت ممكن حتى يتسنى البت فى المناقصة قبل

انقضاء مدة مريان العطاءات ، كما يجب أن يؤشر على الكشف برقم
وقيمة الاعتماد البند المختص في الموازنة .

وتعمل مطابقة للعطاءات على كشوف التفريغ من اثنين من
المراجعين وتوقع بما يفيد هذه المطابقة ثم تقدم الى لجنة البت .

مادة ٢٧ : يكون تشكيل لجان البت بقرار من سلطة الاعتماد
المختصة برئاسة رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص
أو من يندبه وعضوية مدير ادارة المشتريات ومندوب فنى أو أكثر
من داخل الجهة أو خارجها من ذوى الخبرة فى الأصناف أو الأعمال
المطلوب توريدها أو تنفيذها وممثل للادارة المالية والادارة
القانونية بالجهة الادارية ، على أن تتناسب وظائف الأعضاء وخبراتهم
مع أهمية موضوع التعاقد .

على أن يمثل وزارة المالية فى لجان البت المديرون المليون
بالمحافظات أو المراقبون المليون بالوزارات أو من يندبه كل منهم .
وبالنسبة لغيرها من الجهات فيكون تمثيل وزارة المالية بمن تندبه
لذلك ، على أن يمثل مجلس الدولة أحد أعضاء ادارة الفتوى المختصة
يندبه رئيسها فى الحدود المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات
والمزايدات .

مادة ٢٨ : على لجنة البت أن تتأكد من مطابقة كشوف التفريغ
للعطاءات ذاتها ، وعليها أن تفحص العيّنات والفئات وتقارنها
بعضها ببعض ، ويجب عليها أن تبين بالتفصيل الكافى على كشف
تفريغ العطاءات أوجه النقص والمخالفة للشروط أو المواصفات فى
فى العطاءات التى رأت عدم الأخذ بها .

وعلى اللجنة تدوين مناقشاتها فى محضر يثبت فى سجل خاص
وترافق أوراق المناقصة صورة من المحضر مؤشرا عليها من رئيس
الجنة بما يفيد مطابقتها للأصل .

مادة ٢٩ : يجب عند البت فى العطاءات أن تسترشد اللجنة
بالأثمان الأخيرة السابق التعامل بها محليا أو خارجيا ، ويجب بيان

هذه الأثمان يكشف التفريغ مع ذكر تاريخ التعامل . كما يجب الاسترشاد أيضا بأسعار السوق ، ويقع على عاتق ادارة المشتريات مسئولية الحصول على هذه الأسعار .

وعلى اللجنة اذا رأت إلغاء المناقصة واعادتها لارتفاع الأسعار أن يكون ذلك بقرار مسبب تفصيلا وأن ترافق أوراق المناقصة الملغاة بأوراق المناقصة الجديدة .

ويجب حساب الأسعار على قاعدة واحدة هي قاعدة تسليم الأصناف بمخازن الجهة الادارية خالصة جميع المصروفات والرسوم مع مراعاة أسعار النقد الأجنبي ومصاريف تحويل العملة وغيرها حتى يمكن عمل مقارنة دقيقة بين المعطيات .

مادة ٣٠ : تجرى المفاوضة والبت فى نتیجتها وفقا لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات بقرار من السلطة المختصة بالاعتماد بعد موافقة لجنة البت ، على أنه اذا اختلف رأى لجنة البت أو رأى أغليبيتها مع رأى رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص حول استبعاد بعض المعطيات أو اعتبار المعطيات أصلىح المعطيات لارساء المناقصة على مقدمه أو اجراء أو عدم اجراء المفاوضة أو غير ذلك فيعرض الأمر على السلطة الأعلى مباشرة للبت فيها نهائيا .

أما اذا اختلف أعضاء اللجنة فى الرأى فيجب اثبات أوجه الخلاف فى المحضر ويكون الفصل فى ذلك للسلطة التى لها حق اعتماد نتيجة المناقصة ، وفى حالة الاختلاف فى الرأى مع المندوب الفنى فيجوز لرئيس اللجنة أن يطلب مندوبا آخر للانضمام الى المندوب الأول للاسترشاد برأيه . فاذا اتفق رأيهما يؤخذ به وان اختلفا يعرض الأمر على رئاستهما لترجيح أحد الرايين .

مادة ٣١ : ترفع لجنة البت توصياتها موقعة من جميع أعضائها ومن رئيسها للاعتماد من السلطات الآتية :

- (أ) رئيس المصلحة اذا كانت قيمة المناقصة لا تزيد على ٥٠٠٠٠ جنية (خمسين ألف جنية) .
- (ب) رئيس الادارة المركزية المختص اذا لم تزيد القيمة على ٢٠٠٠٠٠ جنية (مائتى ألف جنية) .
- (ج) الوزير المختص أو من يمارس سلطاته فيما يزيد على ذلك .

مادة ٣٢ : فى المناقصات التى تقل قيمتها عن خمسة آلاف جنية تشكل لجنة بقرار من رئيس المصلحة المختص برئاسة موظف مسئول وعضوية موظفين تتناسب وظائفهم وخبراتهم مع موضوع المناقصة ، وتقوم هذه اللجنة بفتح المظاريف وفحص المعطاءات وتفرينها والبت فى المناقصة بعد اتمام اجراءات الفحص أو التحاليل ، وتدون رأيها على كشف التفريرغ مع اعتماد توصيات اللجنة من السلطة المصدرة لقرار التشكيل .

مادة ٣٣ : تلتفى المناقصة فى الحالات المنصوص عنها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات بقرار مسبب من سلطة الاعتماد المختصة .

كما يجوز بموافقة تلك السلطة قبول المعطاء الوحيد بشرط :

- ١ - أن تكون حاجة العمل لا تسمح بإعادة طرح المناقصة أو ألا تكون ثمة فائدة ترجى من اعادتها .
- ٢ - أن يكون المعطاء الوحيد مطابقا للشروط ومناسبا من حيث السعر .

مادة ٣٤ : يجب على مدير المشتريات اخطار مقدمى المعطاءات الذين قبلت عطاءاتهم بنتيجة المناقصة وذلك خلال أسبوع واحد على الأكثر من تاريخ اعتماد المناقصة .

ويجب أن يطلب فى الاخطار ذاته ايداع التأمين النهائى خلال المدة المحددة وكذلك الحضور لتوقيع العقود ، وترافق العقود صورة

طبق الأصل من هذه الاخطارات وترسل صورة منها الى مدير المخازن
أو الى القسم المختص حسب الأحوال .

كما يجب اخطار مقدمى العطاءات التى تم استبعادها أو غير
المقبولة بأسباب الاستبعاد أو عدم القبول .

٣٥ : يجب أن يحرر عقد عن توريد الأصناف أو تنفيذ الأعمال
أو النقل أو الخدمات المعلن عنها بمناقصات عامة متى بلغ مجموع
قيمة ما رسا توريده أو تنفيذ ألفى جنيه . أما فيما يقل عن ذلك
فيمكن الاكتفاء بأخذ اقرار مكتوب شاملا كافة الضمانات اللازمة
لتنفيذ التعاقد مع تحصيل التأمين النهائى .

ويحرر العقد من ثلاث نسخ على الأقل تسلم نسخة منها لإدارة
الحسابات وممها جميع العطاءات وصورة من كشف التفريغ للمراجعة
عليها ، وتسلم نسخة للمتعهد وتحفظ النسخة الثالثة بالإدارة
المختصة بالتنفيذ .

ويجب أن يبين على كل صورة قيمة التأمين النهائى ونوعه وتاريخ
توريده .

ويقوم المتعهد ورئيس القسم المختص أو مدير المشتريات
بالتوقيع على العينات النموذجية والعينات المقبولة وختمها بالشمع
الأحمر على أن يكون وضع الأختام بطريقة لا يمكن معها تغيير
العينات .

مادة ٣٦ : يجب على جهة الادارة ابلاغ مصلحة الضرائب عن
كل الصفقات أو الأعمال التى تجريها الجهة على أن يشمل التبليغ
البيانات الآتية :

١ - اسم المتعاقد ثلاثيا .

٢ - عنوان المنشأة وقسم الشرطة التابعة له .

٣ - القيمة الاجمالية للعقد .

٤ - طبعة التعاقد والمدة التى يتم فيها تنفيذه والتاريخ المحدد
لنهايته .

٥ - رقم السجل التجارى الخاص بالمتعاقد ورقم البطاقة
(شخصية أو عائلية) وتاريخ اصدارها .

٦ - رقم البطاقة الضريبية .

كما يجب ابلاغ المصلحة المذكورة بأية تعديلات تطرأ على القيمة
الاجمالية للعقد أو على مدة تنفيذه وجميع المبالغ التى تصرف
للمتعاقد بمجرد صرفها .

افصل الثاني

المنافسة المحدودة

مادة ٣٧ : يكون التعاقد بطريق المنافسة المحددة بقرار من سلطة الاعتماد المختصة ، وتجرى الدعوة لتقديم العطاءات في المنافسات المحدودة بموجب كتب موصى عليها يعلم الوصول تتضمن كافة البيانات الواجب ذكرها في الاعلان عن المنافسة العامة وفق أحكام هذه اللائحة .

كما يجوز الاعلان عنها بإذن من رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص عند الاقتضاء . وفي هذه الحالة يجب أن تتبع ذات اجراءات النشر عن المنافسة العامة .

مادة ٣٨ : تجرى المنافسة المحددة بين أكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المنافسة والمقيدين بسجل المقاولين والموردين .

مادة ٣٩ : فيما عدا ما تقدم تخضع المنافسة المحدودة لكافة القواعد والأحكام والاجراءات والشروط المنصوص عنها بهذه اللائحة بالنسبة للمنافسات العامة .

الفصل الثالث

الناقصة المحلية

مادة ٤٠ : يكون التعاقد بطريق المناقصة المحلية بقرار من رئيس الادارة المركزية المختص ، وتسرى بشأن المناقصات المحلية كافة القواعد والأحكام والاجراءات والشروط المنصوص عليها في هذه اللائحة بالنسبة الى المناقصات العامة فيما عدا ما يتعلق بالنشر وما ورد بشأنه نص خاص .

مادة ٤١ : توجه الدعوة في المناقصات المحلية الى أكبر عدد ممكن من الموردين والمقاولين المحليين الذين تقرر الجهة التعامل معهم من المقيدین بالسجل الخاص بذلك .

ويجوز توجيه الدعوة الى غير المقيدین بهذا السجل بقرار من سلطة الاعتماد المختصة .

مادة ٤٢ : يقدم العطاء في الغلاف المطبوع المرافق لطلب العطاء المحلي حتى الميعاد المحدد لقبول العطاءات .

مادة ٤٣ : ترسل طلبات العطاءات المحلية الى المقاولين أو الموردين الذين تقرر جهة الادارة دعوتهم الى الاشتراك في المناقصة بواسطة البريد الموصى عليه بعلم الوصول قبل الميعاد المحدد لفتح مظاريف العطاءات بوقت كاف لا يقل عن خمسة أيام ، وفي حالة الاستعجال يجب ارسالها مع مخصص قبل الموعد المحدد بثمان وأربعين ساعة على الأقل ، وتسلم بموجب إيصال مؤرخ .

مادة ٤٤ : تفتح العطاءات المحلية في الميعاد المحدد لذلك وتفرغ بمجرد فتحها على الامتارة المعدة لذلك والتي تحرر من أصل يبقى بالدفتر وصور ترافق العطاءات .

مادة ٤٥ : يكون اعتماد توصيات لجنة البت في المناقصات المحلية من السلطات الميينة فيما يلي :

- ١ - رئيس المصلحة المختص لغاية ٢٠٠٠٠ جنيه .
- ٢ - رئيس الادارة المركزية المختص لغاية ٤٠٠٠٠ جنيه .

الفصل الرابع

الممارسة

مادة ٤٦ : يكون التعاقد بطريق الممارسة في الحالات المنصوص عنها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات بقرار من سلطة الاعتماد المختصة ، وتصدر تلك السلطة قرارا بتشكيل لجنة الممارسة برئاسة عضوية موظفين مسؤولين تتناوب وظائفهم وخبراتهم الفنية والمالية والقانونية مع أهمية الصنف ونوعها .

ويكون تشكيل لجنة الممارسة في حالة اجراء الممارسة في خارج الجمهورية بقرار من الوزير المختص وفقا لأحكام القانون المشار اليه .

مادة ٤٧ : توجه الدعوة لتقديم العروض في الممارسات بخطابات موصى عليها بعلم الوصول تتضمن البيانات الواجب ذكرها في الاعلان عن المناقصات العامة والمبينة بهذه اللائحة مع تحديد ميعاد أول اجتماع للجنة الممارسة ليحضره الموردون والمقاولون أو مندوبوهم .

ويجب أن توجه الدعوة الى أكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط موضوع الممارسة والمقيدين بسجل الموردين والمقاولين .

كما يجوز الاعلان عن الممارسة وذلك بترخيص من السلطة المختصة بالاعتماد ، وتتولى لجنة الممارسة مجتمعة اجراء ممارسة الموردين والمقاولين ومناقشاتهم في جلسات علنية مفتوحة للموردين أو مندوبيهم ، ثم ترفع اللجنة توصياتها بالنتيجة الى السلطة المختصة بالاعتماد ما لم تكن اللجنة مفوضة بالتعاقد مباشرة .

ويجب على لجنة الممارسة أن تثبت كافة ما اتخذته من اجراءات ومناقشات في محضر متضمن توصياتها وموقع عليه من جميع أعضائها .

مادة ٤٨ : يكون اعتماد توصيات لجنة الممارسة من السلطات الآتية :

- ١ - رئيس المصلحة المختص لغاية ٢٠٠٠٠٠ جنيه .
- ٢ - رئيس الادارة المركزية المختص لغاية ٥٠٠٠٠٠ جنيه .
- ٣ - الوزير المختص أو من يمارس سلطاته فيما يزيد على ذلك .

مادة ٤٩ : يخضع التعاقد بطريق الممارسة للشروط العامة للمناقصات العامة فيما لم يرد فيه نص خاص بهذه اللائحة .

افصل الخامس

الاتفاق المباشر

مادة ٥٠ : يجب فى حالات الضرورة التى يتم فيها اجراء الشراء أو الخدمات أو تنفيذ مقاولات النقل أو مقاولات الأعمال بطريق الاتفاق المباشر فى حدود أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزيادات أن يكون ذلك بترخيص من رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص ، وأن تبين فى المستندات الأسباب الملحقه التى تقضى باتتباع طريق الاتفاق المباشر ، وأن يدون الموظف المسئول على مستندات الصرف اقاراراً بأن الأصناف أو الأعمال مطابقة من حيث النوع والمواصفات للفرض المطلوبة من أجله وأن الأعمار مناسبة .

ويكون اعتماد نتيجة التعاقد بهذا الطريق من السلطات الآتية :

١ - رئيس المصلحة المختص لغاية ١٠٠٠ جنيه (ألف جنيه) بالنسبة للمشتريات العادية والخدمات ومقاولات النقل و ٢٠٠٠ (ألفى جنيه) بالنسبة لمقاولات الأعمال و ٤٠٠٠ جنيه (أربعة آلاف جنيه) بالنسبة لشراء أصناف محتكرة من شركات فى الخارج ليس لها وكلام فى مصر .

٢ - رئيس الادارة المركزية فيما يزيد على ذلك .

مادة ٥١ : لا يجوز تكرار التعاقد بطريق الاتفاق المباشر أكثر من مرة واحدة فى السنة الواحدة بالنسبة الى ذات عملية الشراء أو الخدمة أو مقاولاة الأعمال أو النقل الا فى حالة الضرورة وبموافقة الوزير المختص .

القسم الثالث الاشتراكات العامة

الفصل الأول

الشروط العامة

مادة ٥٢ : مع عدم الاخلال بأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزيادات يجب على مقدمى العطاءات أن يتبعوا الأحكام الواردة فى المواد الآتية :

مادة ٥٣ : تقدم العطاءات موقعة من أصحابها على نموذج العطاء المختوم بخاتم جهة الادارة والمؤشر عليه برقم قسيمة تحصيل الثمن وتاريخها وعلى جدول الفئات المرافق له وترسل داخل مظروف مختوم بالشمع الأحمر يوضع داخل مظروف آخر ويكتب على المظروف الداخلى عبارة عطاء عن () جلسة () وعلى الخارجى اسم وعنوان وجهة الادارة أو الوحدة المختصة ويذكر به ما يأتى « بداخله عطاء لجلسة » ويكون ارسالها بالبريد الموصى عليه خالصة الأجرة ، ويجوز ضمها داخل الصندوق المختص لوضبع العطاءات - واذا أريد تسليمها لقلم محفوظات الجهة فيكون ذلك بايصال يثبت فيه تاريخ التسليم وساعته .

ويجوز اذا كان العطاء مقدما من فرد أو شركة فى الخارج أن يقدم على النموذج الخاص بمقدم العطاء بشرط قيامه بشراء كراسة الشروط والمواصفات -

مادة ٥٤ : على مقدم العطاء مراعاة ما يلى فى اعداده لقائمة الأسعار (جدول الفئات) :

١ - تكتب أسعار العطاء بالمداد بالعملة المصرية رقما وحروفا باللغة المصرية ، ويكون سعر الوحدة فى كل صنف بحسب ما هو

مدون بجدول الفئات عددا أو وزنا أو مقاسا أو غير ذلك دون تغيير أو تعديل في الوحدة •

ويجوز في حالة تقديم العطاء من فرد أو شركة في الخارج أن تكتب الأسعار بالعملة الأجنبية مع ذكر ما تساوية بالعملة المصرية • ويجب أن تكون قائمة الأسعار مؤرخة وموقعة من مقدم العطاء •

٢ - لا يجوز الكشط أو المحو في جدول الفئات ، وكل تصحيح في الأسعار أو غيرها يجب إعادة كتابته بالمداد رقما وحرفا وتوقيعه •

٣ - لا يجوز لمقدم العطاء شطب أى بند من بنوده أو من المواصفات الفنية أو إجراء تعديل فيها مهما كان نوعه •

وإذا رغب في وضع اشتراطات خاصة أو إجراء تعديلات أن يبعثها في كتاب مرافق لعطائه على أن يشير الى هذا الكتاب في العطاء نفسه أو أن يرسل التعديل بعد ذلك بكتاب على أن يصل قبل فتح المظاريف ، ولا يعتد بما عدا ذلك من وسائل المراسلة •

ولا يلتفت الى أى ادعاء من صاحب العطاء بحصول خطأ في عطائه إذا قدم بعد فتح المظاريف •

٤ - إذا سكت مقدم العطاء في مناقصات توريد الأصناف عن تحديد سعر صنف من الأصناف المطلوب توريدها بقائمة الأسعار المقدمة منه فيعتبر ذلك امتناعا منه عن الدخول في المناقصة بالنسبة الى هذا الصنف •

أما في مقاولات الأعمال فلجهة الإدارة - مع الاحتفاظ بالحق في استبعاد العطاء - أن تضع للبند الذى سكت مقدم العطاء عن تحديد فئته أعلى فئة لهذا البند في العطاءات المقدمة وذلك للمقارنة بينه وبين سائر العطاءات • فإذا أرميت عليه المناقصة فيعتبر أنه ارتضى الحاسبة على أساس أقل فئة لهذا البند في العطاءات المقدمة دون أن يكون له حق المنازعة في ذلك •

٥ - يبين فى قائمة الأعمار ما اذا كان الصنف مصنوعا فى مصر أو فى الخارج ، ويترتب على عدم صحة هذه البيانات كلها أو بعضها رفض الصنف علاوة على شطب اسم مقدم العطاء من بين متهمدى الحكومة .

٦ - الفئات التى حددها مقدم العطاء بجدول الفئات تشمل وتغطى جميع المصروفات والالتزامات أىا كان نوعها التى يتكبدها بالنسبة الى كل بند من البنود ، وكذلك تشمل القيام باتمام جميع الأعمال وتسليمها لجهة الادارة والمحافظة عليها أثناء مدة الضمان طبقا لشروط العقد ، ويعمل الحساب الختامى بالتطبيق لهذه الفئات بصرف النظر عن تقلبات السوق والعملة والتعريفات الجمركية ورسوم الانتاج وغيرها من الرسوم الأخرى .

مادة ٥٥ : على مقدمى العطاءات عن مقاولات الأعمال أن يبينوا فى كتاب مستقل يرافق العطاء قيمة الأعمال ونوعها وتاريخها التى قاموا بها للحكومة والهيئات العامة وشركات القطاع العام . فإذا كان لم يسبق لهم القيام بأعمال من هذا القبيل ، فعليه أن يقدموا الى جهة الادارة ما يثبت قيامهم فى عهد قريية بأعمال تشبه فى نوعها الأعمال المطروحة فى المناقصة ومواقمها ومجموع قيمتها وتواريخ اتمامها ، وعليهم عمل التسهيلات اللازمة لندوبى جهة الادارة لمآينة تلك الأعمال وتقديم كافة البيانات والمستندات التى تثبت قيدهم فى مكاتب أو سجلات خاصة وفقا للقوانين أو القرارات التى تنظم ذلك .

مادة ٥٦ : يكون العطاء عن توريد الأصناف حسب عينات جهة الادارة النموذجية والمواصفات أو الرسومات المعتمدة التى يجب على مقدم العطاء الإطلاع عليها ، ويعتبر تقديمه العطاء اقرارا منه باحلاله عليها. ويتولى التوريد طبقا لها ولو رافقت عطاءه عينات أخرى .

على أنه بالنسبة الى المنتجات الغذائية والكيميائية يكون التوريد حسب المواصفات المحددة لها . واذا لم يكن لها مواصفات يكون التوريد حسب العينات التى يطلب تقديمها مع العطاءات . واذا كانت هذه العينات مما يفسد ولا تبقى سليمة حتى التوريد فيكون قبول التوريد على أساس مطابقة نتائج تحليلها على نتائج تحليل عينات التوريد .

وبالنسبة الى المنتجات الهندسية والمعدنية والكهربائية يكون التوريد حسب المواصفات دون التقيد بالعينات ، ويجوز تقديم عينات للاسترشاد بها فقط .

أما منتجات الغزل والنسيج فيكون قبولها وفقا للشروط والمواصفات والتجاوزات الفنية التى تقرها وزارة الصناعة .

واذا ما أجازت الجهة الادارية المختصة فى اعلانها تقديم عينات مع العطاءات فيجب أن تكون من حجم أو مقياس أو وزن يسمح بالتحقق أو التحليل وأن تنطبق عليها المواصفات .

ويكون لمقدمى العينات الحق فى استردادها فى مدى أسبوعين من تاريخ إخطارهم برفضها بكتاب موصى عليه والا أصبحت ملكا للحكومة دون مقابل .

مادة ٥٧ : يبقى العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تصديره بمعرفة مقدم العطاء بفض النظر عن ميعاد استلامه بمعرفة جهة الادارة حتى نهاية مدة سريان العطاء الميعنة باستمارة العطاء المرافقة للشروط .

مادة ٥٨ : اذا سحب مقدم العطاء عطاءه قبل الميعاد المعلن لفتح المظاريف فيصبح التأمين المودع حقا للجهة دون حاجة الى ائذار أو الالتجاء الى القضاء أو اتخاذ أية اجراءات أو اقامة الدليل على حصول ضرر .

وعند انقضاء مدة سريان العطاء يجوز لمقدمه استرداد التأمين المؤقت . وفى هذه الحالة يصبح العطاء ملغيا وغير نافذ المفعول .
فاذا لم يطلب ذلك اعتبر قابلا استمرار الارتباط بمطائه الى أن يصل لجهة الادارة اخطار منه بسحب التأمين المؤقت وعدوله عن عطائه .

مادة ٥٩ : يجب أن يكون مقدم العطاء مقيما فى جمهورية مصر العربية أو أن يكون له وكيل فيها والا وجب عليه أن يبين فى عطائه الوكيل المعتمد منه فى جمهورية مصر العربية فيما لو رست عليه المناقصة وأن يبين فى عطائه العنوان الذى يمكن مخاطبته فيه ويعتبر اعلانه صحيحا .

واذا كان العطاء مقدما من وكيل عن صاحب العطاء فعليه أن يقدم معه توكيلا مصدقا عليه من السلطات المختصة بالاضافة الى كافة البيانات والمستندات التى يجب عليه تقديمها وفقا لأحكام القوانين والقرارات التى تنظم ذلك .

مادة ٦٠ : كل عطاء مقدم من شركة يجب أن ترافقه صورة رسمية من عقد تأسيسها ومن قانونها النظامى . وعند تقديم عطاء من منشأة تجارية لأكثر من شخص واحد فيجب أن ترافقه صورة رسمية من عقد المشاركة .

وفى كلتا الحالتين يجب أن ترافق الصورة المقدمة ببيان بأسماء الأشخاص المصرح لهم بالتعاقد لحساب الشركة أو المنشأة ومدى هذا الحق وحدوده وأسماء المسؤولين مباشرة عن تنفيذ شروط العقود وامضاء الايصالات واعطاء المخالصات باسم الشركة أو المنشأة ونماذج من امضاءاتهم على أن تكون هذه النماذج على ذات صورة العقد أو التوكيل .

واذا كان العطاء مقدما من شخص طبيعى أو معنوى فيجب أن ترافق العطاء صورة من بطاقته الضريبية .

مادة ٦١ : يجب أن تصل العطاءات الى جهة الادارة أو الوحدة المختصة في ميعاد غايته الساعة الثانية عشرة من ظهر اليوم المحدد بالاعلان ، ولا يعتمد بالعطاءات المقدمة بعد هذا الميعاد أيا كانت أسباب التأخير .

مادة ٦٢ : يكون لجهة الادارة الحق في مراجعة الأسعار المقدمة سواء من حيث مفرداتها أو مجموعها واجراء التصحيحات المادية اذا اقتضى الأمر ذلك .

ويعمل على السعر المبين بالحروف . ولا يعتمد بالعطاء المبني على خفض نسبة مئوية عن أقل عطاء يقدم في المناقصة .

مادة ٦٣ : تكون العطاءات المقترنة بتسهيلات ائتمانية من مقدمي العطاءات محل اعتبار عند البت في أولوية العطاءات .

مادة ٦٤ : يكون توريد الأصناف في المواعيد والأماكن المبينة بقائمة الأسعار ، ويراعى عند وضع الأسعار بالعطاء :

(أ) اذا كان تسليم الأصناف بميناء الشحن على ظهر المركب « فوب » F.O.B. فيجب أن يشمل السعر المبين بالعطاءات العبوات من صناديق وصفائح وبراميل وأكياس وغيرها وكذا مصروفات النقل الى ظهر المركب .

(ب) اذا كان التسليم C.I.F. أو بميناء الوصول فيشمل السعر علاوة على المبين بالبند (أ) نولون الشحن البحري أو الجوي ومصروفات التفريغ من المراكب كما يشمل رسم التأمين في حالة C.I.F. وميناء الوصول .

وفي كلتا الحالتين اذا اشترط المتعهد في عطاءه قيام الجهة صاحبة الشأن بدفع الثمن بموجب اعتماد يفتح بواسطتها لحسابه أو لحساب عملائه في الخارج أو في الداخل فان مصاريف فتح الاعتماد يتحملها المتعهد ، وعليه أن يبين في العطاء مقدار المبالغ المطلوب تحويلها الى الخارج مع بيان نوع العملية والجهة التي سيتم الاستيراد منها .

ومع ذلك يجوز للوزير المختص بعد موافقة لجنة التبت الموافقة على تحمل الجهة بمصروفات فتح الاعتماد اذا اشترط المتعهد ذلك ، على أن يؤخذ هذا الشرط فى الاعتبار عند المقارنة والمفاضلة بين مختلف العروض من حيث الأسعار والشروط المقدمة .

(ج) اذا كان التسليم بمخازن جهة الادارة فيجب أن يشمل السعر علاوة على المبين بالبند (ب) رسوم الجمارك وجميع أنواع الرسوم الأخرى والضرائب السارية وقت تقديم العطاء ومصروفات النقل الداخلى بحيث تسلم الأصناف لمخازن الجهة خالصة من جميع الرسوم والمصروفات .

(د) فإذا حدث تغيير فى التعريف الجمركية أو الرسوم أو الضرائب الأخرى التى تحصل عن الأصناف الموردة فى المدة الواقعة بين تقديم العطاء وآخر موعد للتوريد وكان التوريد قد تم فى غضون المدة المحددة له فيسرى الفرق تبعاً لذلك بشرط أن يثبت المتعهد أنه أدى الرسوم والضرائب على الأصناف الموردة على أساس الفئات المعدلة بالزيادة . أما فى حالة ما اذا كان التعديل بالنقص فتخصم قيمة الفرق من العقد الا اذا أثبت المتعهد أنه أدى الرسوم على أساس الفئات الأصلية قبل التعديل .

وفى حالة التأخير فى التوريد عن المواعيد المحددة فى العقد وكان تعديل فئات الضرائب والرسوم قد تم بعد هذه المواعيد ، فإن المتعهد يتحمل عن الكميات المتأخرة كل زيادة فى الرسوم والضرائب المشار إليها الا اذا أثبت المتعهد أن التأخير يرجع الى القوة القاهرة . أما النقص فيها فتخصم قيمته من قيمة العقد .

مادة ٦٥ : يجوز لمقدم العطاء أو مندوبه أن يحضر جلسة فتح المظاريف فى الموعد المحدد لذلك لسماع قراءة العطاءات المقدمة .

مادة ٦٦ : اذا تساوت الأثمان بين عطاءين أو أكثر جازت تجزئة المقادير المعلن عنها بين مقدميها اذا كان ذلك فى صالح العمل . ويجوز ذلك أيضاً اذا كان مقدم العطاء الأقل سعراً يشترط مدداً

بعيدة للتوريد لا تتناسب وحالة العمل بالجهة الادارية ، وذلك بالتعاقد مع صاحب أنسب المعطيات التالية على أقل كمية تلزم لتأمين المخازن في الفترة الواقعة بين تاريخي التوريد ومع صاحب المعطيات الأقل عن باقي الكميات . وعلى لجنة البت في هذه الحالة أن تثبت في تقريرها الباقي من الصنف بالمخزن ومتوسط الاستهلاك .

وتفضل المعطيات المقدمة من مراكز وهيئات التأهيل المهني المشكلة بقرار من الوزير المختص متى تساوت أثمانها مع أثمان أقل المعطيات سعرا وكانت مطابقة للشروط والمواصفات .

مادة ٦٧ : يجوز عند الضرورة الترخيص بدفع مبالغ مقدما من قيمة الأصناف و مقاولات الأعمال او مقاولات النقل أو الخدمات التعاقد عليها اذا كان الدفع المقدم مشروطا في التعاقد وذلك في الحدود الآتية :

لغاية ٥٠٪ من قيمة التعاقد بموافقة رئيس الادارة المركزية المختص .

لغاية ١٠٠٪ من قيمة التعاقد بموافقة الوزراء المختص .

ويكون الدفع المقدم مقابل خطاب ضمان بنكي معتمد بنفس القيمة والعملة وغير مقيد بأى شروط وسارى المفعول حتى تاريخ انتهاء تنفيذ العقد . ويستثنى من شرط تقديم خطاب الضمان المشار اليه حالات التعاقد التي تتم بين جهتين من الجهات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزيادات .

ويراعى عند المفاضلة والمقارنة بين المعطيات اضافة فائدة تعادل سعر الفائدة المعلن من البنك المركزي وقت البت في المناقصة الى قيمة المعطيات المقترنة بالدفع المقدم وذلك عن المبالغ المطلوب دفعها مقدما ، وتحسب الفائدة عن المدة من تاريخ أداء هذه المبالغ حتى تاريخ استحقاقها الفعلي .

ويجب في جميع الحالات أن يكون الدفع المقدم في حدود الاعتمادات المدرجة بالموازنة عن السنة المالية التي يتم فيها التعاقد .

الفصل الثاني

في التأمينات

مادة ٦٨ : مع عدم الاخلال بأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات تؤدي التأمينات نقدا ويجوز لمقدم المعطاء طلب خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقة له لدى جهة الادارة بشرط أن تكون صالحة للصرف وقت تقديم المعطاء أو وقت تقديم الطلب بالنسبة للتأمينات النهائية . ولا يجوز أن يكون أداء التأمين عن طريق الكفالة .

ويجوز أن تقدم كفالة بقيمة التأمين اذا كانت قيمته تقل عن عشرين جنيها .

مادة ٦٩ : اذا كان التأمين نقدا فيؤدي بإيداعه احدى خزائن الحكومة بموجب ايصال رسمي يثبت في المعطاء رقمه وتاريخه . ويجوز أن تسحب حوالة بريدية بقيمته ترافق المعطاء . ولا تحسب فائدة على هذه المبالغ .

وتقبل الشيكات على المصارف المحلية اذا كان مؤشرا عليها بالقبول من المصرف المسحوبة عليه ، كما تقبل الشيكات المسحوبة على مصارف الخارج بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد المصارف المعتمدة .

ومع ذلك يجوز عند الاقتضاء قبول الشيكات العادية دون أن تكون مصرفية أو معتمدة من البنوك المسحوبة عليها اذا تبين وجود ضمانات كافية .

واذا كان التأمين كتاب ضمان وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة والا يقتصر بأي قيد أو شرط وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر جهة الادارة المختصة مبلغا يوازي التأمين المؤقت

وأنة مستعد لأدائه بأكمله أو تجديد مدة سريان كتاب الضمان
لمدد أخرى حسبما تراه الجهة الصادر لصالحها التأمين عند الطلب منها
دون التفات الى أية معارضة من مقدم المطاء .

وعندما ترد لاحدى الجهات الادارية كفالة عن تأمين نهائى من
أحد المصارف المرخص لها فى اصدار كتب كفالة أو أحد فروعها
عليها أن تتحقق من أن المصرف أو الفرع قد أعطى قرارا على هذه
الكفالة بأنه لم يجاوز الحد الأقصى المعين لمجموع الكفالات المرخص
للمصرف فى اصدارها .

فاذا تبين عند مراجعة الاخطارات بوزارة الاقتصاد والتجارة
الخارجية أن المصرف قد تعدى الحد الأقصى المحدد له أخطرت الجهة
المختصة فوراً لمطالبة المصرف بأن يؤدى اليها فى ميعاد لا يجاوز
ثلاثة أيام عمل قيمة الكفالة نقداً .

واذا كانت الكفالة محدودة المدة فيجب ألا تقل مدة سريانها عن
ثلاثين يوماً على الأقل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان المطاءات .
وبالنسبة للتأمين النهائى فيكون سريان كتاب الكفالة لمدة تبدأ من
وقت اصداره الى ما بعد انتهاء مدة المقعد بثلاثة أشهر ، الا اذا اتفق
على غير ذلك .

مادة ٧٠ : لا يحصل التأمين النهائى اذا قام صاحب المطاء
المقبول بتوريد جميع الأصناف التى رسا عليه توريدها وقبلتها
الجهة الادارية المتعاقدة نهائياً خلال المدة المحددة لايداع التأمين
النهائى .

أما اذا كان التوريد المقبول عن جزء من الأصناف المشار اليها
وكان ثمنه يكفى لتغطية قيمة التأمين النهائى فيخصم من ثمن الجزء
المورد ما يعادل قيمة هذا التأمين من مجموع قيمة المطاء ويحتفظ
به لدى الجهة المتعاقدة بمثابة تأمين نهائى حتى تمام تنفيذ المقعد .

مادة ٧١ : مع عدم الاخلال بأحكام هذه اللائحة يرد التأمين المؤقت الى أصحاب العطاءات غير المقبولة بغير توقف على طلب منهم سواء كان نقدا أو بشيك أو ب خطاب ضمان وذلك فى خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاء أو قبل ذلك اذا تم تحصيل التأمين النهائى من صاحب العطاء المقبول .

ويجب الاحتفاظ بالتأمين النهائى بأكمله الى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية طبقا للشروط ، وحينئذ يرد التأمين أو ما بقى منه لصاحبه بغير توقف على طلب منه وذلك فى خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد اتمام تنفيذ العقد بصفة نهائية طبقا للشروط .

مادة ٧٢ : يصدر باعفاء الشركات المحتكرة من ايداع التأمين المؤقت والنهائى ومد المهلة المحددة لايداع التأمين النهائى بما لايتجاوز عشرة أيام أو خفضه بما لا يزيد على ٥٠٪ قرار مسبب من الوزير المختص أو من يمارس سلطاته وفقا للشروط والأوضاع المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات .

القسم الرابع اجراءات تنفيذ العقود

الفصل الأول الشروط العامة

مادة ٧٣ : تبدأ المدة المحددة للتوريد من اليوم التالى لاختبار المتعهد بقبول عطائه الا اذا اتفق على خلاف ذلك ، ويكون اختبار المتهمدين فى الخارج بموجب بريقيات تؤيد بكتاب لاحق . على أن يتضمن الاختبار - بالاضافة الى ما تضمنته المادة ٣٤ من هذه اللائحة - الأصناف والكميات والفئات ومواعيد بدء التوريد وانتهائه .

وتبدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود الأعمال من التاريخ الذى يسلم فيه الموقع للمقاول . ويكون التسليم بموجب محضر يوقع من الطرفين ومحرر من نسختين تسلم احدهما للمقاول وتحتفظ جهة الادارة بالنسخة الأخرى . واذا لم يحضر المقاول أو مندوبه لتسلم الموقع فى التاريخ الذى تكون جهة الادارة قد عينته له فى اختبار قبول العطاء فيحرر محضر بذلك ويعتبر هذا التاريخ موعدا لبدأ تنفيذ العمل .

مادة ٧٤ : اذا أخل المتعاقد بأى شرط من شروط العقد كان للجهة المتعاقدة الحق فى فسخ العقد أو فى تنفيذه على حسابه .

ويتقرر الفسخ أو التنفيذ على الحساب بقرار من السلطة المختصة بالاعتماد يملن الى المتعاقد بكتاب موصى عليه يعلم الوصول على عنوانه المبين فى العقد وذلك دون حاجة الى اتخاذ أية اجراءات ادارية أو قضائية أخرى .

مادة ٧٥ : لا يجوز للمتعهد أو المقاول النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها ، ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك ، ويكتفى في هذه الحالة بتصديق البنك . ويبقى المتعهد أو المقاول مسئولاً عن تنفيذ العقد . ولا يخل قبول نزوله عن المبلغ المستحق له بما يكون لجهة الادارة قبله من حقوق .

مادة ٧٦ : اذا توفى المتعهد أو المقاول جاز لجهة الادارة فسخ العقد مع رد التأمين اذا لم يكن لجهة الادارة مطالبات قبل المتعهد أو السماح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد بشرط أن يمينوا عنهم وكيلا بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه ويوافق عليه رئيس الادارة المركزية المختص .

واذا كان العقد مبرما مع أكثر من متعهد أو مقاول وتوفى أحدهم فيكون لجهة الادارة الحق في انتهاء العقد مع رد التأمين ، أو مطالبة باقى المتعهدين بالاستمرار في تنفيذ العقد .

ويحصل الانهاء في جميع هذه الحالات بموجب كتاب موصى عليه بعلم الوصول دون حاجة الى اتخاذ أية اجراءات أخرى أو الالتجاء الى القضاء .

الفصل الثاني

في شروط تنفيذ عقود مقاولات الأعمال

مادة ٧٧ : يلتزم المقاول باتساع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد بما في ذلك استخراج الرخصة ، كما يكون مسئولا عن حفظ النظام بموقع العمل وتنفيذ أوامر جهة الادارة بابعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الفش أو يخالف أحكام هذه الشروط .

ويلتزم المقاول أيضا باتخاذ كل ما يكفل منع الاصابات أو حوادث الوفاة للعمال أو أى شخص آخر أو الاضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد ، وتعتبر مسئوليته في هذه الحالات مباشرة دون تدخل لجهة الادارة .

وفى حالة اخلاله بتلك الالتزامات يكون لجهة الادارة الحق في تنفيذها على نفقته .

مادة ٧٨ : يلتزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة ، وعليه اخطار جهة الادارة فى الوقت المناسب بملاحظاته عليها ، ويكون مسئولا عن جميع هذه الرسوم والتصميمات كما لو كانت مقدمة منه .

مادة ٧٩ : جميع المواد والمنشآت المعتمدة والقطع والأدوات والآلات التى تكون قد استحضرت بمعرفة المقاول لمنطقة العمل أو على الأرض المشغولة بمعرفة المقاول بقصد استعمالها فى تنفيذ العمل وكذلك الأعمال والمنشآت الوقتية الأخرى تظل كما هى ، ولا يجوز نقلها أو التصرف فيها الا باذن جهة الادارة الى أن يتم التسليم المؤقت ، على أن تبقى فى عهدة المقاول وتحت حراسته ومسئوليته وحده ولا تتحمل جهة الادارة فى شأنها أية مسئولية بسبب الضياع أو التلف أو السرقة أو غير ذلك .

ويجب على المقاول أن يهيئ مكانا صالحا لتشوين المواد القابلة للتلف بسبب العوامل الجوية وذلك لوقايتها منها بطريقة يوافق عليها مهندس جهة الادارة .

مادة ٨٠ : المقادير والاوزان الواردة بجدول الفئات هي مقادير وأوزان تقريبية قابلة للزيادة والمجز تبعا لطبيعة العملية ، والغرض منها هو بيان مقدار العمل بصفة عامة ، والأثمان التي تدفع للمقاول تكون على أساس الكميات التي تنفذ فعلا سواء أكانت تلك الكميات أقل أم أكثر من الوارد بالمقاييس أو الرسومات ، سواء نشأت الزيادة أو المعجز عن خطأ في حساب المقاييس الابتدائية أو عن تغييرات أدخلت في العمل طبقا لأحكام العقد وبمراعاة ألا يؤثر ذلك على أولوية المقاول في ترتيب عطائه .

ويعتبر المقاول مسئولا عن التحرر بنفسه عن صحة المقادير والأوزان . وتعتبر كل فئة من الفئات المدرجة بجدول الفئات ملزمة للمقاول أثناء العقد وغير قابلة لاعادة النظر لأي سبب ، ولا يكون للمقاول حق طلب مبالغ زيادة أو تمويزات مهما كانت خسارته أو تكبده مصروفات اضافية .

ويقوم مهندس جهة الادارة بعملية القياس والوزن للأعمال أثناء سير العمل بالاشتراك مع المقاول أو مهندس أو مندوبه ، ويتم التوقيع بصحة المقامات والأوزان من الاثنين ، فاذا تخلف المقاول أو مندوبه بعد اخطاره يلزم بالمقاسات والأوزان التي يجريها مهندس من جهة الادارة .

على أنه بالنسبة للجهات التي لا يتوافر فيها العنصر الفني اللازم فيندب مهندس من مديرية الامكان المختصة ، ويكون مهندس جهة الادارة أو مديرية الاسكان مسئولا عن صحة وببلاطة ما يثبتته من بيانات في هذا الشأن .

وتعرض أوجه الاختلاف في هذا المجال على جهة الادارة ويكون قرارها في ذلك نهائيا .

مادة ٨١ : يلتزم المقاول بانتهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماما للتسليم المؤقت فى المواعيد المحددة .

فاذا تأخر جاز للسلطة المختصة بالاعتماد اذا اقتضت المصلحة العامة اعطائه مهلة اضافية لاتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة عن المدة التى يتأخر فيها انتهاء العمل بعد الميعاد المحدد الى أن يتم التسليم المؤقت . ولا يدخل فى حساب مدة التأخير مدد التوقف التى يثبت لجهة الادارة نشوؤها عن أسباب قهرية . ويكون توقيع الغرامة بالنسب والأوضاع التالية :

١/ عن الأسبوع الأول أو أى جزء منه .

١.٥٪ عن الأسبوع الثانى أو أى جزء منه .

٢٪ عن الأسبوع الثالث أو أى جزء منه .

٤٪ عن كل شهر أو جزء منه بعد ذلك بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة ١٥٪ .

وتحسب الغرامة من قيمة ختامى العملية جميعها اذا رأت جهة الادارة أن الجزء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل فى المواعيد المحددة . أما اذا رأت جهة الادارة أن الجزء المتأخر لا يسبب شيئا من ذلك ، فيكون حساب الغرامة بالنسب والأوضاع الباقية من قيمة الأعمال المتأخرة فقط .

وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه أى ضرر دون حاجة الى أى تنبيه أو اذار .

ويجب على جهة الادارة أن تراعى الدقة فى ضرورة وجوب خصم غرامات التأخير قبل الاذن بصرف مستحقات المقاول .

مادة ٨٢ : اذا أخل المقاول بأى شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بالقيام باجراء هذا الاصلاح كان لرئيس الادارة المركزية أو رئيس

المصلحة المختص وعلى مسؤوليته الحق فى اتخاذ أحد الاجراءين التاليين
وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة :

(١) فسخ العقد مع مصادرة التأمين النهائى المستحق وقت الفسخ
والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الادارية من غرامات أو تعويضات
عما يلحق بها من أضرار .

(ب) سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بطريق المناقصة
العامة أو المناقصة المحلية أو الممارسة فى حدود أحكام قانون تنظيم
المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة بهذه اللائحة ، وذلك مع
مصادرة التأمين النهائى المستحق على المقاول وقت سحب العمل ،
والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الادارية من غرامات وتعويضات
واسترداد جميع ما تكبدته من مصروفات وخسائر زيادة على قيمة
العقد نتيجة لسحب العمل .

ويكون لجهة الادارة الحق فى احتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل
العمل من منشآت وقتية ومبان وآلات وأدوات ومواد وخلافه دون أن
تكون مسئولة قبل المقاول أو غيره عنها وعما يصيبها من تلف أو نقص
لأى سبب كان أو دفع أى أجر عنها كما يكون لها الحق ايضا فى
الاحتفاظ بها حتى بعد انتهاء العمل ضمانا لحقوقها ، ولها أن تبينها
دون أدنى مسئولية من جراء البيع .

مادة ٨٣ : يصرف للمقاول دفعات على الحساب تبعا لتقدم العمل
على النحو الآتى :

(١) ٨٠٪ من القيمة المقررة للأعمال التى تمت فعلا مطابقة
للشروط والمواصفات وذلك من واقع الفئات الواردة بالجدول .

(ب) ٦٠٪ من اقيمة المقررة للمواد التى وردها المقاول لاستعمالها
فى العمل الدائم والتى يحتاجها العمل فعلا بشرط أن تكون مطابقة
للشروط وموافقا عليها وأن تكون مشونة بموقع العمل فى حالة جيدة
بعد اجراء الجرد الضمى اللازم وذلك من واقع فئات العقد .

(ج) بعد تسلم الأعمال مؤقتا تقوم جهة الادارة بتحرير الكشف
الاحتامية بقيمة جميع الأعمال التي تمت فعلا ويصرف للمقاوول عقب
ذلك مباشرة ما يستحقه بعد خصم المبالغ التي سبق صرفها على الحساب
أو أية مبالغ أخرى مستحقة عليه .

(د) عند تسلم الأعمال نهائيا بعد مدة الضمان وتقديم المقاوول
المحضر الرسمي الدال على ذلك يسوى الحساب النهائي ويدفع للمقاوول
باقي حسابه بما فى ذلك التأمين النهائي أو ما تبقى منه .

مادة ٨٤ : فى حالة سحب العمل كله أو بعضه من المقاوول يحجر
كشف بالأعمال التي تمت وبالألات والأدوات التي استحضرت
والمهمات التي لم تستعمل التي يكون قد وردھا المقاوول بمكان العمل ،
ويحصل ذلك الجرد خلال شهر من تاريخ سحب العمل بمعرفة مندوب
جهة الادارة وبحضور المقاوول بعد اخطاره بكتاب موصى عليه بالحضور
هو أو مندوبه ويثبت هذا الجرد بموجب محضر يوقعه كل من مندوب
جهة الادارة ، والمقاوول أو من ينوب عنه . فإذا لم يحضر أو لم يرسل
مندوبا عنه فيجبرى الجرد فى غيابه .

وفى هذه الحالة يخطر المقاوول بنتيجة الجرد ، فإذا لم يبد ملاحظاته
خلال أميوع من تاريخ وصوله اليه ، كان ذلك بمثابة اقرار منه
بصحة البيانات الواردة فى محضر الجرد ، وجهة الادارة غير ملزمة
بأخذ شيء من هذه المهمات الا بالقدر الذى يلزم لاتمام الأعمال فقط
على شرط أن تكون صالحة للاستعمال . أما ما يزيد على ذلك فيكلف
المقاوول بنقله من محل العمل .

مادة ٨٥ : على المقاوول بمجرد اتمام العمل أن يخلى الموقع من
جميع المواد والأثرية والبقايا وأن يمهده ، والا كان لجهة الادارة الحق
بعد اخطاره بكتاب موصى عليه فى ازالة الأثرية على حسابه واخطاره
كتابة بذلك ، ويخطر عندئذ بالموعد الذى حدد لاجراء المعاينة ويحجر
محضر التسليم المؤقت بعد اتمام المعاينة ويوقعه كل من المقاوول أو
مندوبه الموكل بذلك بتوكيل مصدق عليه ومندوبى جهة الادارة

الذين يخطر المقاول بأسمائهم ، ويكون هذا المحضر مع ثلاث نسخ تسلم احداها للمقاول ، وفي حالة عدم حضوره هو أو مندوبه في الميعاد المحدد تتم المعاينة ويوقع المحضر مع مندوبى جهة الادارة وحدهم . واذا تبين من المعاينة أن العمل قد تسلم على الوجه المطلوب اعتبر تاريخ اخطار المقاول لجهة الادارة باستعداده للتسليم المؤقت موعد انتهاء العمل وبدء مدة الضمان . واذا ظهر من المعاينة أن العمل لم ينفذ على الوجه الأكمل فيثبت هذا في المحضر ويؤجل التسليم الى أن يتضح أن الأعمال قد تمت بما يطابق الشروط (هذا مع عدم الاخلال بمسئولية المقاول طبقا لأحكام القانون المدنى) وتبدأ من تاريخ المعاينة الأخيرة مدة الضمان .

وبعد اتمام التسليم المؤقت يرد للمقاول - اذا لم توجد قبله مطالبات للجهة المتعاقدة أو لأية مصلحة حكومية - ما زاد من قيمة التأمين النهائى على النسبة المحددة من قيمة الأعمال التى تمت فعلا وتحفظ الجهة المتعاقدة بهذه النسبة لحين انتهاء مدة الضمان واطتمام التسليم النهائى .

مادة ٨٦ : يضمن المقاول الأعمال موضوع العقد وحسن تنفيذها على الوجه الأكمل لمدة سنة واحدة من تاريخ التسليم المؤقت وذلك دون اخلال بمدة الضمان المنصوص عليها فى القانون المدنى ، والمقاول مسئول عن بقاء جميع الأعمال سليمة أثناء مدة الضمان . فاذا ظهر بها أى خلل أو عيب يقوم بإصلاحه على نفقته ، واذا قصر فى اجراء ذلك فلجهة الادارة أن تجريه على نفقته وتحت مسئوليته .

مادة ٨٧ : قبل انتهاء مدة الضمان بوقت مناسب يخطر المقاول جهة الادارة كتابة للقيام بتحديد موعد للمعاينة .

ومتى تبين أن الأعمال قد نفذت مطابقة للمواصفات بحالة جيدة فيتم تسليمها نهائيا بموجب محضر من ثلاث صور يوقعه كل من مندوبى جهة الادارة والمقاول أو مندوبه الرسمى تمعلى للمقاول

صورة منه ، واذا ظهر من المعاينة أن المقاول لم يقيم ببعض الالتزامات فيؤجل التسليم النهائي لحين قيامه بما يطلب اليه من الأعمال ، هذا مع عدم الاخلال بمسئوليته طبقا لأحكام القانون المدني .

وعند تمام التسليم النهائي يدفع للمقاول ما قد يكون مستحقا له من مبالغ ويرد اليه التأمين النهائي أو ما تبقى منه .

الفصل الثالث

شروط تنفيذ عقود التوريد

مادة ٨٨ : يلتزم المتعهد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها في الميعاد أو المواعيد المحددة خالصة جميع المصروفات والرسوم ومطابقة لأمر التوريد وللموصفات أو العينات المعتمدة ، ويتسلم أمين مخزن الاستقبال ما يورده المتعهد بالعدد أو الوزن أو المقاس بحضور مندوب المتعهد ، ويعطى عنه ايصالاً مؤقتاً مختوماً بخاتم جهة الادارة موضحاً به اليوم والساعة التي تم فيها التوريد ويقرر فيه حالة الأصناف من حيث سلامتها وذلك لحين اخطار المتعهد بميعاد اجتماع لجنة الفحص ليتمكن من حضور اجراءات الفحص والاستلام النهائي . ويجب أن يتم ذلك الاخطار في خلال ثلاثة أيام عمل من تاريخ اليوم التالي لصدور الايصال المؤقت . وعلى أمين مخزن الاستقبال فور تسلمه الأصناف الموردة اخطار رئيس لجنة الفحص بذلك لاتخاذ اللازم .

ويعتبر قرار اللجنة بقبول أو رفض الأصناف نهائياً وذلك بمجرد اعتماده من السلطة المختصة بالاعتماد .

مادة ٨٩ : يلتزم المتعهد بأن يقدم فاتورة الأصناف الموردة من أصل وصورتين . وفي حالة قيامه بالتوريد بناء على طلب جهة الادارة الى جهة غير الجهة المتعاقد على التوريد اليها يجب أن ترافق الفواتير مستندات تثبت قيمة مصروفات النقل الاضافية حتى يمكن رد هذه المصروفات اليه .

مادة ٩٠ : اذا رفضت لجنة الفحص صنفاً أو أكثر من الأصناف الموردة أو وجد فيها نقص أو مخالفة للمواصفات أو العينات المعتمدة ، يخطر المتعهد بذلك كتابة بالبريد الموصى عليه يعلم

الوصول بأسباب الرفض وبوجوب سحب الأصناف المرفوضة وتوريد بدلها ويجب أن يتم ذلك الاخطار فور صدور قرار اللجنة في ذات اليوم أو اليوم التالي على الأكثر ، ويلتزم المتعهد بسحب الاصناف المرفوضة خلال سبعة أيام على الأكثر مع تاريخ اليوم التالي لاختطاره . فاذا تأخر في سحبها فيكون لجهة الادارة الحق في تحصيل مصروفات تخزين بواقع ٢٪ من قيمة الأصناف عن كل أسبوع تأخير أو جزء منه ولمدة أقصاها أربعة أسابيع . وبعد انتهاء هذه المدة يكون لجهة الادارة الحق في أن تتخذ اجراءات بييمها فوراً وأن تخسم من الثمن ما يكون مستحقا لها ويكون البيع وفقا لأحكام هذه اللائحة .

مادة ٩١ : يصرف ثمن الأصناف الموردة في خلال خمسة عشر يوم عمل على الأكثر تحسب من تاريخ اليوم التالي لاتمام اجراءات التحليل الكيميائي أو الفحص الفني .

مادة ٩٢ : اذا تأخر المتعهد في توريد كل الكميات المطلوبة أو جزء منها في الميعاد المحدد بالمقد - ويدخل في ذلك الاصناف المرفوضة - فيجوز للسلطة المختصة بالاعتماد اذا اقتضيت المصلحة العامة - اعطائه مهلة اضافية للتوريد على أن توقع عليه غرامة قدرها ١٪ عن كل أسبوع تأخير أو جزء من أسبوع من قيمة الكمية التي يكون المتعهد قد تأخر في توريدها بحد أقصى ٤٪ من قيمة الأصناف المذكورة .

وفي حالة عدم قيام المتعهد بالتوريد في الميعاد المحدد بالمقد أو خلال المهلة الاضافية فيكون لجهة الادارة أن تتخذ أحد الاجرائين التاليين وفقا لما تقتضيه مصلحة العمل :

(أ) شراء الأصناف التي لم يتم المتعهد بتوريدها من غيره على حسابه سواء بالممارسة أو بمناقصات محلية أو عامة أو محدودة بنفس الشروط والمواصفات الملن عنها والمتماقد عليها .

وينقسم من التأمين المودع من المتعهد أو من مستحقاته لدى الجهة أو أية جهة إدارية أخرى قيمة الزيادة في الثمن مضافا إليها مصروفات إدارية بواقع ١٠٪ من قيمة الأصناف المشتراة على حسابه وما يستحق من غرامة عن مدة التأخير في التوريد .

أما إذا كان سعر شراء أى صنف يقل عن سعر المتعهد فلا يحق له المطالبة بالفرق . وهذا لا يمنع من تحصيل قيمة غرامة التآخير المستحقة والمصروفات الإدارية .

(ب) انتهاء التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف ومصادرة التأمين بما يوازي ١٠٪ من قيمتها والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الإدارية من غرامات أو تمويضات عما يلحق بها من أضرار دون حاجة للالتجاء الى القضاء مع اخطار المتعهد بذلك بكتاب موصى عليه بعلم الوصول .

ولا يجوز للجهة الإدارية شراء الأصناف التى ينتهى التعاقد بشأنها فى ذات السنة المالية التى يتم فيها انتهاء التعاقد .

مادة ٩٣ : إذا تأخر المتعهد عن توريد أصناف تعاقد على توريدها الى ما بعد انتهاء السنة المالية المكلف بالتوريد فيها ، فإنه يجب اخطاره بالفاء المقدر عن الكمية الباقية وتطبيق أحكام البند (ب) من المادة (٩٢) ، ما لم تقرر الجهة الادارية غير ذلك .

الفصل الرابع

تسلم الأصناف

مادة ٩٤ : يلتزم مدير المخازن طبقاً لأحكام العقد بمتابعة ورود الأصناف واستلامها واجراءات الفحص والتحليل وتسجيل الفواتير والمستندات المخزنية ومتابعة ارسال المستندات الى الحسابات لاتخاذ اجراءات الصرف وبمراعاة أحكام هذه اللائحة .

مادة ٩٥ : يصدر رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص قرارا بتشكيل لجنة الفحص برئاسة مدير المخازن أو مسئول القسم المختص على أن تضم عضوا فنياً أو أكثر وعضوا عن القسم المطلوبة له الأصناف ورئيس أمناء المخازن .

ويجب أن تجتمع اللجنة خلال خمسة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالي لوصول الأصناف .

مادة ٩٦ : يلتزم المتعهد على حسابه باحضار العمال اللازمين لفتح الطرود وتسليمها الى أمين المخزن أو لجنة الفحص بحضوره أو بحضور مندوبه في الموعد المحدد . وفي حالة تخلفه فيكون لمدير المخازن أو لجنة الفحص الحق في اتخاذ وتصحيح الفاتورة اذا اقتضى الأمر ذلك دون أن يكون للمتعهد حق الاعتراض .

مادة ٩٧ : تقوم لجنة الفحص بفحص نسب مئوية مختلفة تعدد بمعرفتها وتحت مسؤوليتها حسب أهمية الصنف وبحيث تكون العينة ممثلة للصنف . وتعتبر اللجنة مسئولة عن مطابقته من جميع الوجوه للمواصفات وللعينة المختومة ، وتحرر محضراً على استمارة الفحص من صورتين تبين فيه النسب المئوية لمقادير الفحص التي فحصتها وأسماء ومواصفات ومقادير الأصناف وأسباب التوصية بالقبول أو الرفض ، ثم يقدم المحضر الى رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص للتصرف .

وفى حالة اعتماد قبول الصنف ترفق نسخة من المحضر اخطار التوريد وفاتورة المتعهد والصورة الأولى من اذن تسلم الأصناف وتحفظ الصورة الأخرى مع صورة الفاتورة فى ملف خاص بإدارة المخازن .

مادة ٩٨ : يكون الفصل فى الخلافات التى تنشأ بين المتعهدين ولجان الفحص أو بين أعضاء لجنة الفحص أنفسهم من سلطة رئيس الادارة المركزية المختص ، وله أن يسترشد فى ذلك برأى لجنة فحص أخرى أو الرجوع الى الجهة التابع لها المندوب الفنى .

مادة ٩٩ : عند ورود أصناف للمخازن من صفقات تزيد قيمتها على ألفى جنيه ويكون قد سبق ارسال عينات عنها عند تقديم العطاءات للمعمل الفنى الحكومى المختص أو تم التعاقد عليها على أساس شروط ومواصفات جهة الادارة ، فتؤخذ عينة منها وتقسم ان أمكن قسمتها الى قسمين ، والا فتختار عينتان من هذه الأصناف بحضور لجنة الفحص والمتعهد أو مندوبه . أما العينة الأخرى فتختم بخاتم رئيس اللجنة ويوقعها عضوان من أعضائها ويعمل محضر توقعه لجنة الفحص والمتعهد أو مندوبه بأن هذه العينة مطابقة للعينة المحفوظة لدى رئيس لجنة الفحص ، ثم ترسل للمعمل الكيمائى بعد اعطائها رقما سريا مع ذكر رقم وتاريخ شهادة تحليل المعمل للعينة الأصلية للاسترشاد بها عند الفحص ، وترافق شهادة التحليل مستندات الصرف .

واذا رفضت الأصناف الموردة الموضوع عليها اسم جهة الادارة فيمضى اسم الجهة منها قبل ردها للمتعهد .

مادة ١٠٠ : بالنسبة للصفقات التى لا تزيد قيمتها على مائتى جنيهها للصنف الواحد فى العقد الواحد فيمكن اجراء الفحص والاستلام بمعرفة مدير المخازن أو على مسئوليته وباستعداد رئيس المصلحة المختص . على أنه بالنسبة للأصناف التى تشتري بطريق الاتفاق المباشر فانه يمكن عند الضرورة أن يتم استلامها وفحصها بمعرفة

مدير المخازن وعلى مسؤوليته واعتماد رئيس المصلحة فيما لا تزيد قيمته على ١٠٠٠ جنيه ورئيس الادارة المركزية المختص لفاية ٢٠٠٠ جنيه وذلك بعد التحقق من مناسبة الثمن ومطابقة الأصناف من حيث النوع والموصفات للغرض المطلوبة من أجله .

مادة ١٠١ : يجب على الجهات التي تقوم بتحليل الأصناف الموردة أو بفحصها فنيا أن تبين في تقارير التحليل أو الفحص ما أسفر عنه عملها مقارنا بما هو مدون بالشروط والموصفات المتعاقد على أساسها وتلتزم جهة الادارة بالأخذ دائماً بهذه النتائج ورفض الأصناف التي لا تطابق المواصفات أو المينات المتعاقد على أساسها .

على أنه يجوز قبول الأصناف غير المطابقة اذا كانت نسبة النقص أو المخالفة لا تزيد على ٢٠٪ عما هو مطلوب بالموصفات المتعاقد على أساسها بشرط أن تكون الحاجة ماسة لقبول الصنف أو الأصناف رغم ما بها من نقص أو مخالفة وأن يكون السعر بعد الخفض مناسباً لمثيله في السوق .

ويجب أن تقرر لجنة الفحص صلاحية الأصناف للأغراض المطلوبة من أجلها وأنه لن يترتب على قبولها ضرر بالجهة ، كما تحدد اللجنة مقدار الخفض في الثمن المقابل للنقص أو المخالفة .

ويجوز للجنة الفحص الاستعانة بفني أو أكثر من الجهات الفنية المختصة اذا رأت ضرورة لذلك ، ويراعى الآتي :

١ - الأصناف التي تكون نسبة النقص في مواصفاتها لفاية ٣٪ يكون قبولها بخصم مقدار الخفض في الثمن الذي قدرته اللجنة .

٢ - الأصناف التي تكون نسبة النقص في مواصفاتها أكثر من ٣٪ لفاية ١٠٪ يكون قبولها بخصم مقدار الخفض في الثمن الذي قدرته اللجنة مضافا إليها غرامة قدرها ٥٠٪ من هذا المقدار .

٣ - الأصناف التي تكون نسبة النقص في مواصفاتها أكثر من ١٠٪ لفاية ٢٠٪ يكون قبولها بخصم مقدار الخفض في الثمن الذي قدرته اللجنة مضافا إليها غرامة مقدارها ١٠٠٪ من هذا المقدار .

على أن يكون القبول بموافقة لجنة البت وسلطة الاعتماد ،
وبشرط أن يقبل المورد كتابة هذا الخصم والا فيرفض الصنف وتطبق
أحكام هذه اللائحة .

مادة ١٠٢ : الأصناف التي تقدم بصفة « هبات » غير مقيدة
بشرط يمكن قبولها بموافقة رئيس المصلحة ويحرر عنها كشف
يعتمده ، بعد تقدير ثمنها بمعرفة لجنة ، وتضاف بحساب المخازن
كالأصناف المشتراة على أن يبين الثمن المقدّر لها في خانة الملاحظات
ويكتب أمامها في خانة الثمن « بدون مقابل » ويتبع هذا أيضا فيما
يختص بالأصناف الواردة بصفة عينات .

ويجب الرجوع الى الوزير المختص فيما يتعلق بالهبة المقيدة
بشروط وبالأوقاف والوصايا .

مادة ١٠٣ : عند ورود أصناف مباشرة من الخارج تقوم لجنة
الفحص بمراجعتها على الوارد بالفاتورة بعد التأكد من « سلامة الأختام
والعلامات أو الصناديق الواردة بداخلها الأصناف ، ويحرر محضر
فحص عن ذلك على الاستمارة الخاصة بذلك تثبت فيه ما قد تجده من
نقص أو كسر أو تلف ، ثم يحرر عنه محضر خاص على الاستمارة
١٨٨ (حسابات) لاتخاذ الاجراءات اللازمة نحوه مع مراعاة المواعيد
التي تحددها شركات التأمين في حالة التأمين على البضاعة حفظا لحق
الحكومة في استيفاء قيمة التأمين والا التزم به المتسبب في فوات
هذه المواعيد .

وتضاف الأصناف بالمخزن حسب الوارد بالفاتورة بنقص النظر
عما تجده اللجنة فيها من نقص أو كسر أو تلف .

على أن يخصم مقدار العجز أو التلف من المدة بموجب الاستمارة
(١١١ ع ٠ ح) وتجري التسويات المسائية اللازمة وفقا للقواعد
المالية المعمول بها .

وفي حالة تعذر فتح الصناديق وازدواجها حسب الوارد بالفاتورة
لأسباب اضطرارية يقرها كتابة رئيس المصلحة المختص يتبع الآتي :

١ - تضاف تلك الصناديق بأذن اضافية مؤقتة بالحالة التي هي عليها اجمالا بمعهد موظفين مسئولين بعد ختمها بخاتم مدير المخازن بطريقة تضمن سلامة الأختام حتى يعاد فتحها .

٢ - عند استخراج أذن الاضافة المؤقتة السابق الاشارة اليها ترافق صورة منها مستندات الصرف لامكان ازالة المبالغ السابق الخصم بها من الحساب المختص .

القسم الخامس

بيع النقولات وتاجير المقاصف وغيرها

الفصل الأول

الأحكام العامة

مادة ١٠٤ : لا يجوز بيع الأصناف الجديدة الا للوزارات والمصالح ووحدات الادارة المحلية والهيئات العامة .

واستثناء من ذلك يجوز بيعها لغير هذه الجهات فى الأحوال الآتية :

١ - الأصناف التى يصرح ببيعها من الوزير المختص أو من يتولى اختصاصاته .

٢ - العينات النموذجية التى تعدها جهة الادارة ، على ألا تباع الا للذين يشترون أوراق العطاءات الخاصة بالأصناف المطلوب توريدها .

٣ - الملابس والتجهيزات العسكرية ولوازم أفراد القوات المسلحة والشرطة وفقا لأحكام اللوائح الخاصة وكذلك الأدوات التى يحتاجها العاملون فى الصحراء والحدود .

٤ - الأصناف المصرح لبعض الوحدات الادارية بشرائها بقصد بيعها للهيئات والأفراد .

٥ - الادوية الاسعافية والضرورية التى ترخص ببيعها وزارة الصحة لظروف خاصة .

٦ - الأمصال واللقاحات البيطرية والمواد البيولوجية الشخصية التى ترخص ببيعها وزارة الزراعة الى الدول العربية والأجنبية .

٧ - الأصناف المعروضة بفرض البيع ببعض الوزارات والمصالح والورش .

٨ - الكتب وغيرها من المطبوعات والخرائط والنشرات
المعدة للبيع .

وفي هذه الحالات الاستثنائية يكون البيع بدون مزايدة في الحدود
التي نص عليها قانون وتنظيم المناقصات والمزايدات على أن
يراعى الآتى :

(أ) تباع الأصناف فى الحالات الواردة بالبند (١) الى (٥)
بالسعر المقيدة به فى الدفاتر مع اضافة ١٠٪ مصروفات ادارية
بائنسة لما يباع منها الى الجهات المبينة فى هذه المادة ، ٢٠٪ بالنسبة
لما يباع لغيرها .

(ب) تباع الأصناف فى الحالات المشار اليها فى البنود (٦ ، ٧ ،
٨) بالسعر الذى تحدده لجان تسمين تشكلها الجهات البائنة لهذا الغرض
على أن تبين الأسس التى استندت اليها فى تحديد السعر وأن يصدر
بالسعر المحدد للبيع قرار من الوزير المختص .

مادة ١٠٥ : يكون رئيس الادارة المركزية المختص مسؤولا عن اتخاذ
الاجراءات اللازمة وفقا لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات
ولانحته التنفيذية لبيع الأصناف غير الصالحة للاستعمال أو التى
يخشى عليها من التلف أو التى بطل استعمالها وكذا الأصناف الزائدة
على الحاجة ، على أن يراعى فى اصدار الترخيص باتخاذ اجراءات
البيع ضرورة وأهمية أن يتضمن ذلك الترخيص الأسباب التى
ترتب عليها وجود مثل هذه الأصناف بالمخازن ، ويجب تحديد
المسئولية اذا ما تركت مثل هذه الأصناف بالمخازن لمدة تزيد على
سنة مالية وذلك تجنباً لوجود راكم على ن تعرض النتيجة فى هذه
الحالة على الوزير المختص .

مادة ١٠٦ : يشكل بقرار من رئيس الادارة المركزية أو رئيس
المصلحة المختص لجنة من العاملين المختصين تقوم بتصنيف المهمات
والأصناف المعروضة للبيع الى صنفقات مع مجموعات متجانسة
ليتسنى لأكبر عدد ممكن من المتزايدين المنافسة فى الشراء ، واعطاء

مواصفات كافية لمنع أى تغيير يمكن أن يعمل فى تقسيم الصفقات أو تصنيفها وإثبات هذه البيانات تفصيليا بمحضر يسلم الى رئيس لجنة التثمين .

ويجب أن يراعى فى تقسيم الأصناف الى مجموعات (عملية التلطيظ) أن يكون حجم كل مجموعة (لوط) مناسباً بحيث يسمح باشتراك أكبر عدد من المتنافسين يحول دون قيام احتكارات .

مادة ١٠٧ : يصدر رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص قراراً بتشكيل لجنة التثمين برئاسة موظف مسئول وعضوية مدير المخازن أو من ينيبه عنه ومندوب من الحسابات وموظف فنى أو أكثر من الجهة ذاتها أو من جهات أخرى لها ارتباط وثيق بالأصناف المرغوب فى بيعها ، وأن يصحب اللجنة أمين المخازن لإرشادها الى الأصناف المراد بيعها دون أن يشترك فى عملية التثمين .

وعلى اللجنة أن تسترشد بأثمان البيع السابق وبحالة السوق مع مراعاة حالة الأصناف أو تكلفة الحصول عليها أو عمرها الاستعمالي والنسب المقررة لهلاكها وغيرها من عناصر تقدير الثمن بما يكفل تحقيق المصلحة المالية للدولة .

ويعتبر هذا التقدير ثمناً أساسياً للبيع بعد اعتماده من رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص .

ويجب مراعاة السرية التامة فيما يختص بالثمن الأساسى الذى تدره اللجنة ، ويوضع تقريرها داخل مظروف مقفل مختوم بالختم الأحمر بخاتم جهة الادارة مع توقيع رئيس اللجنة بجواره ومعه لجنة التصنيف ويسلم لرئيس لجنة البيع لفتحه بحضور لجنة البيع .

الفصل الثاني

طرق واجراءات التعاقد

مادة ١٠٨ : يعلن عن المزايدة العلنية العامة طبقا لذات الاجراءات والحدود التي يجرى بها الاعلان عن المناقصة العامة ، على أن يتضمن الاعلان البيانات والمواصفات عن الأصناف المعروضة للبيع .

واذا كانت جهة الادارة متعاقدة مع متمهد لعملية البيع فانه يقوم باجراءات الاعلان على حسابه طبقا لشروط تعاقد مع جهة الادارة على أن يكون من المقيدین بسجل الخبراء المثمنين بوزارة التجارة وتقتصر مهمته على القيام بأعمال الدلالة .

مادة ١٠٩ : يجب أن ينص في الشروط الخاصة بالبيع على ما يأتي :

١ - يدفع المتزايدون قبل الدخول في المزايدة العلنية مبلغا معيناً يقدره رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص حسب أهمية الصفقات المعروضة للبيع وذلك كتأمين مؤقت .

٢ - يجب على من يرسو عليه المزايدة أن يكمل التأمين المؤقت الى ٣٠٪ من ثمن الصفقة وذلك بمجرد رسو المزايدة .

٣ - يجب على من رسا عليه المزايدة أداء باقى الثمن خلال عشرة أيام من تاريخ اخطاره برسو المزايدة عليه ، ويجوز بموافقة رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص اعطاء مهلة اضافية قدرها عشرة أيام اذا كان ذلك في صالح المزايدة . فاذا تأخر عن تلك المدة فيصادر الضمان المدفوع منه ويصبح العقد مفسوخا دون حاجة الى اتخاذ أية اجراءات قضائية .

وتطرح الصفقة للبيع مرة ثانية وفقا لأحكام هذه اللائحة .

٤ - اذا تأخر من رسا عليه المزايدة في تسلم الأصناف خلال عشرة أيام من تاريخ أدائه الثمن فيحصل منه مصروفات تخزين بواقع ٢٪

عن كل أسبوع تأخير وجزء من أسبوع • وفي نهاية الأسبوع الثالث من التأخير يحق لجهة الادارة أن تتخذ اجراءات بيع الأصناف لحسابه في أقرب فرصة ممكنة • ويكون البيع وفقا لأحكام هذه اللائحة • وفي هذه الحالة يحاسب على النقص في الثمن ومصرفات التخزين عن مدة بقاء الأصناف لحين الانتهاء من اجراءات بيعها ومصرفات ادارية بواقع ١٠٪ من ثمن البيع الجديد ولا يرد اليه أية زيادة تكون قد تحققت في ثمن البيع •

٥ - ان الكميات المعروضة للبيع تحت المعجز والزيادة حسب ما يسفر عنه التسليم الفعلي •

مادة ١١٠ : تعتمد قرارات وتوصيات لجنة البيع أو التأجير في المزايدة العلنية العامة من ذات سلطات الاعتمادات المنصوص عنها بهذه اللائحة التنفيذية بالنسبة للمناقصات العامة •

وعلى لجنة البيع أن تذكر للمتزايدين وزن الصفقة أو عددها أو مقاسها وكذا مواصفاتها تفصيليا حسبما هو وارد بمحضر لجنة التصنيف كل صنف على حدة دون ذكر الثمن الأساسي ، ثم تحرر محضرا باجراءاتها تبين فيه قيمة التأمين المؤدى من كل من المتزايدين وما رد لأربابه ، ثم تدون مفردات البيع على الاستمارة المعدة لذلك وترافقها قسيمة التحصيل • ويجوز للسلطة المختصة بالاعتماد أن تفوض لجنة البيع في انعقاد مباشرة •

مادة ١١١ : في حالة اجراء البيع بطريق المظاريف المغلقة تطبق ذات القواعد والاجراءات والسلطات المنصوص عليها بهذه اللائحة بشأن الشراء بالمناقصات العامة •

مادة ١١٢ : يكون بيع الأصناف المسعرة جبريا بطريق المزايدة بمظاريف مغلقة ، ويذكر في الاعلان أن البيع سيكون بالسعر الجبرى صاحب المعطاء الأول غير المقترن بتحفظات الذى يقدم عن الكمية كلها ، وأنه في حالة عدم وجود عطاءات من هذا القبيل سيفضل انمعطاء المقدم عن أكبر كمية من الصنف ، ثم ما يليه من عطاءات

مرتبة ترتيبا تنازليا فيما يتعلق بالكمية المطلوب شراؤها وترتيباً زمنياً لوصول الطلبات المتعددة في الكمية بحيث يفضل أقدمها تاريخاً ، ويشترط أن تكون المعطيات مصحوبة بتأمين تحدد جهة الادارة نسبته من السعر الجبرى المقرر للصنف مع تحديد آخر ميعاد لقبول الطلبات .

وبمجرد حلول هذا الميعاد تتولى لجنة المظاريف فتحها ثم تفرغ المعطيات وتعرض نتيجة التفريغ على لجنة البيت في المعطيات للبيت فيها وفقاً للقواعد الواردة في اعلان النشر .

أما ما لم تستطع جهة الادارة بيعه بالسعر الجبرى فتتخذ نحوه الاجراءات المقررة للبيع بالمزاد العلنى على أن يكون السعر الجبرى هو الحد الأقصى عند البيع بالمزاد .

مادة ١١٣ : يكون البيع أو التأجير بطريق المزايدة فيما لا يزيد قيمته على ٤٠٠٠٠ جنيه (أربعين ألف جنيه) وتعتمد نتيجة المزايدة المحلية من رئيس المصلحة لغاية ٢٠٠٠٠ جنيه (عشرون ألف جنيه) ورئيس الادارة المركزية لغاية ٤٠٠٠٠ (أربعون ألف جنيه) .

ويتبع بشأن المزايدة المحلية كافة القواعد الخاصة بالبيع بطريق المزايدة العلنية العامة فيما عدا الاعلان اذ يكتفى في هذه الحالة بتوجيه الدعوة الى المتزايدين المحليين المقيدين بالسجل الخاص بجهة الادارة عن طريق خطابات بالبريد الموصى عليه بعلم الوصول ، على أن تتضمن الدعوة كافة البيانات اللازمة عن الأصناف المدة للبيع والتاريخ المحدد لاجراء المزايدة ، على أن يكون الاخطار قبل التاريخ المحدد لاجراء المزاد بأسبوع واحد على الأقل يحسب من تاريخ اليوم التالي لتوجيه الاخطارات .

مادة ١١٤ : تلتفى المزايدة بقرار مسبب من سلطة الاعتماد المختصة في الحالات المنصوص عنها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات ، ويجب على جهة الادارة في حالة الفاء المزايدة أن تتبع

أحكام اجراءات بيع الأصناف من جديد سواء بالمزايدة أو الممارسة
وفقا لأحكام هذه اللائحة وبمراعاة حالة السوق .

مادة ١١٥ : ترد التأمينات الابتدائية المؤداة من المتزايدين الذين
لم يرس عليهم المزداد بمد سحب ايصالات التأمين المؤقت موقعة منهم
بتسليم القيمة .

مادة ١١٦ : يكون التصرف بالبيع أو التأجير بطريق الممارسة
وفقا لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات بقرار من رئيس
الادارة المختص . وتسرى بشأنه ذات القواعد والاجراءات والسلطات
التي تنظم الشراء بطريق الممارسة والمنصوص عنها بهذه اللائحة
التنفيذية . ويجب أن توجه الدعوة الى أكبر عدد من الممارسين
المقيدين بسجلات الجهة الادارية .

مادة ١١٧ : يكون البيع بطريق الاتفاق المباشر للجهات الخاضعة
لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات بشرط ألا يقل ثمن البيع
عن السعر الأساسي الذي قدرته لجنة التثمين المنصوص عليها في هذه
اللائحة مضافا اليه ١٠٪ مصاريف ادارية .

كما يجوز عند الضرورة بترخيص من السلطة المختصة بالاعتماد
التصرف بالبيع بطريق الاتفاق المباشر لغير تلك الجهات اذا لم تزيد
القيمة على ١٠٠٠ ج (ألف جنيه) بالنسبة للصفحة الواحدة في
الحالتين الآتيتين

(أ) الأصناف التي يخشى عليها من التلف ببقاء تخزينها .
(ب) حالات الاستمجال الطارئة غير المنظورة مما لا تحتل وقت
واجراءات المزايدة أو الممارسة .

ويشترط في هذه الحالة ألا يقل ثمن البيع عن السعر الأساسي .

مادة ١١٨ : يكون تسليم الأصناف المباعة بمعرفة لجنة يرأسها
موظف مسئول يتنوبه رئيس المصلحة وعضوية أمين المخزن المختص
وموظف يتنوبه مدير المخازن من غير أمناء المخازن ومندوب من

المسابقات ، وعلى اللجنة مراعاة أن يكون التسليم حسب التقسيم الذى أجرته لجنة التصنيف من حيث الكمية والمواصفات ومما أسفرت عنه قرارات البيع .

مادة ١١٩ : يجب على الجهة الادارية البائنة أن تبلغ مصلحة الضرائب بجميع ما يباع من منقولات لغير الوحدات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ويجب أن يتضمن التبليغ البيانات التالية :

- ١ - اسم المشتري ثلاثيا وصفته وعنوانه بالكامل .
- ٢ - رقم البطاقة الشخصية أو العائلية وتاريخ اصدارها وجهته .
- ٣ - رقم السجل التجارى أو الصناعى أو المهنى الخاص بالمشتري ورقم بطاقته الضريبية .
- ٤ - قيمة المنقولات المباعة ونوعها .

١٢٠ : يكون تأخير المقاصف وغيرها بطريق المزايدة فى حدود القواعد المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات وبهذه اللائحة التنفيذية بشأن المكان المطلوب تأجيريه بمراعاة آخر قيمة ايجارية وايجار المثل وغيرها من العناصر المؤثرة .

ويجوز تأجير المقاصف الكائنة بالجهات الادارية للجمعيات التعاونية التى تضم العاملين بها اذا كان ذلك يدخل فى نشاطها بطريق الاتفاق المباشر وبترخيص واعتماد السلطة المختصة اذا لم تزد القيمة على ١٠٠٠ ج (ألف جنيه) فى السنة .

ويجب فى جميع الحالات ألا تتجاوز مدة التأجير ثلاث سنوات يعاد بعدها النظر فى القيمة الايجارية بمعرفة اللجنة المختصة ، وتتخذ اجراءات التعاقد من جديد فى حدود أحكام هذه اللائحة .

رابعاً - مشروع تقنين عقود الإدارة^(١)

(بعد الديباجة)

قرر القانون الآتى :

- مادة ١ - يعمل بالقانون المرافق بشأن عقود الإدارة .
- مادة ٢ - تسرى أحكام هذا القانون على الوزارات والمصالح الحكومية .
- كما تسرى على المؤسسات العامة والمجالس المحلية فيما لم يرد بشأنه نص خاص في نظمها .
- مادة ٣ - تصدر اللائحة التنفيذية لهذا القانون بقرار من رئيس الجمهورية .
- مادة ٤ - ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به من
... ويلغى كل حكم يخالف أحكامه .

(١) أعدته اللجنة المشكلة من :

- ١ - الأستاذ عادل عزيز زخارى - المستشار بمجلس الدولة .
 - ٢ - الدكتور سليمان الطماوى - الأستاذ بكلية الحقوق .
 - ٣ - الأستاذ محمود الشربيني - المستشار بمجلس الدولة .
- ووافقت عليه اللجنة العامة للتشريعات الإدارية . وبالرغم من أن القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ قد غنّى بكثير من الأحكام التى وردت فى المشروع ، فإن كثيراً من الأحكام الموضوعية لم ترد فى القانون المشار إليه . ولهذا فانتنا نورد المشروع كما اقترته اللجنة ، لأنه يجسد النظرية العامة فى العقود الإدارية .

الباب الأول وسائل تعاقد الإدارة

الفصل الأول التعاقد عن طريق المناقصات

مادة ١ - تبرم العقود الآتية عن طريق المناقصات :

- (أ) عقود الأشغال العامة .
- (ب) عقود توريد وشراء المواد والأدوات .
- (ج) عقود النقل .
- (د) العقود المتعلقة بصناعة المنقولات .

على أنه في الحالات التي يحظر فيها التعامل مع غير شركات القطاع العام يكون التعاقد عن طريق الممارسة ، الا اذا تعددت فيكون التعاقد عن طريق المناقصة المحدودة وذلك مع عدم الاخلال بأحكام الفصل الثالث^(١) .

مادة ٢ - المناقصات اما أن تكون عامة أو محدودة أو محلية^(٢) .

مادة ٣ - تخضع المناقصات العامة لمبادئ العلانية في الاجراءات والمساواة وحرية المنافسة للمتناقصين^(٣) .

مادة ٤ - تسرى على المناقصة المحدودة أحكام المناقصة العامة بصفة مطلقة مع قصر الاشتراك فيها على أشخاص أو مؤسسات معتمدة أسماؤها في كشوف وسجلات تقررها الجهة الادارية المختصة وفقا لما تنص عليه اللائحة التنفيذية وذلك بعد التصريح عنها لتفوقها وكفايتها في النواحي المالية والفنية وتمتعها بحسن السمعة . وتبرم

(١) أصلها المادة الأولى من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ الخاص بالمناقصات والمزايدات والفقرة الأخيرة مستعدة .

(٢) أصلها المادة الأولى من لائحة المناقصات والمزايدات .

(٣) أصلها المبادئ العامة في العقود الادارية .

بهذه الطريقة العقود التي يكون من الخطورة اخضاعها لقاعدة المنافسة المطلقة لطبيعتها الخاصة أو لظروف ابرامها^(١) .

مادة ٥ - تسرى على المناقصة المحلية - فيما عدا ما تنص عليه اللائحة التنفيذية - قواعد المناقصة المحدودة مع قصر الاشتراك فيها على مؤسسات أو أشخاص محليين مقعدين في السجل التجارى .
وتبرم بهذه الطريقة - عند الضرورة - العقود التي لا تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنية^(٢) .

مادة ٦ - يجوز في الأحوال التي يحددها القانون أو عند الضرورة أن يتم التعاقد بدون مناقصات فى الحدود والأوضاع التي تبينها اللائحة التنفيذية^(٣) .

مادة ٧ - تضع الجهة الادارية المختصة المواصفات والشروط المتعلقة بالعقد المزمع ابرامه ، ولها أن تستعين بالجهات الفنية التابعة لجهات ادارية أخرى ، ومع ذلك يجوز للجهة الادارية أن تلجأ الى الفنيين أو الى الجهات الفنية الخاصة للاستعانة بها فى وضع الشروط والمواصفات^(٤) .

مادة ٨ - تبين اللائحة التنفيذية وسائل ومدد الاعلان عن المناقصات ، على أنه فى حالات المناقصات المحددة يجب علاوة على ذلك اخطار المدرجة أسماؤهم فى السجلات الادارية بكتب مسجلة مصحوبة بعلم وصول^(٥) .

مادة ٩ - تمد كل جهة ادارية قائمة تضمناها أسماء الممنوعين من الاشتراك فى المناقصات التي تجريها سواء أكان المنع بنصوص خاصة

(١) أصلها المادة الثالثة من لائحة المناقصات والمزايدات .

(٢) أصلها المادة الرابعة من لائحة المزايدات وللمناقصات .

(٣) أصلها المادة الأولى من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .

(٤) هذه المادة مستحدثة .

(٥) أصلها المادة ١٣ من القانون رقم ٢٣٦ من السنة ١٩٥٤ المشار اليه .

فى القوانين أم لسبق صدور قرارات ادارية بالمنع للأسباب المبينة باللائحة التنفيذية^(١) .

مادة ١٠ - للجهة الادارية المختصة أن تضمن دفتر الشروط العامة أحوال الحرمان من الاشتراك فى المناقصة لأسباب ترجع الى الجنسية أو الكفاية الفنية أو المقدرة المالية أو النظام العام^(٢) .

مادة ١١ - تبين اللائحة التنفيذية الشروط الواجب توافرها فى مقدمى العروض والأحكام التى يتعين عليهم اتباعها عند اعداد عروضهم^(٣) .

مادة ١٢ - يكون مقدم العرض ملتزما به من وقت تصديده الى الجهة الادارية المختصة ولا يجوز لمقدمه سحب أو تعديله ، ويبقى نافذ المفعول للمدة المتفق عليها بين الطرفين . ومع ذلك فلمقدم العرض أن يعدل فيه بما يجعله أفضل من الناحية المالية بشرط أن يصل التعديل كتابة الى الجهة الادارية المختصة قبل موعد جلسة فتح المظاريف^(٤) .

مادة ١٣ - يكون ارساء المناقصة على صاحب أفضل عرض من الناحية المالية ، ومع ذلك يجوز فى المقود ذات الطابع الفنى الخاص أو التى يترك فيها للمتقدمين بعض الحرية فى تحديد أو تعديل المشروع أو المواصفات التى وضعتها الادارة أن يكون ارساء المناقصة على أساس الموازنة بين السعر والاعتبارات الفنية للجنة أو الأنموذج أو المشروع . ويبين دفتر الشروط أسس هذه الموازنة^(٥) .

مادة ١٤ - تتولى فحص العروض للجنة : تقوم أحدهما بفتح المظاريف وفحص العروض وتقوم الثانية بالبت فيها . وتبين اللائحة التنفيذية طريقة تشكيل كل من هاتين اللجنتين ، على أن يشترك

(١) هذا النص مستحدث .

(٢) هذا النص مستحدث .

(٣) أصلها المواد من ٣٤ الى ٣٦ من لائحة المناقصات والمزايدات .

(٤) أصلها المادة ٣٩ من لائحة المناقصات والمزايدات .

(٥) أصلها المادة السادسة من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .

فى عضوية لجنة البت أحد أعضاء مجلس الدولة وممثل لوزارة
الجزانة متى زادت قيمة العقد على المبلغ الذى تمينة اللائحة التنفيذية •
ولا يكون انعقاد لجنة البت صحيحا الا بحضور العضوين المشار اليهما
فى الحدود المقررة^(١) •

مادة ١٥ - تتولى لجنة فتح المظاريف فى جلسة علنية تفريغ
العروض فى كشوف خاصة بالطريقة التى تبينها اللائحة التنفيذية •
وتستبعد هذه اللجنة العروض المقدمة من الأشخاص المدرجة
أسمائهم فى قائمة المنوعين من الاشتراك فى المناقصات •

وتقدم العروض الى لجنة البت مشفوعة بملاحظات رئيس المصلحة
أو الفرع المختص ، ويجب أن تتضمن هذه الملاحظات ابداء الرأى فى
أصحاب العروض من حيث كفايتهم المادية والفنية وحسن السمعة •
وإذا رأى رئيس المصلحة أو الفرع المختص استبعاد عرض أو أكثر
فيجب أن يكون رأيه مسببا ، كما يجب أن يكون قرار اللجنة
بالاستبعاد مسببا اذا كان العرض المستبعد هو أقل عرض^(٢) •

مادة ١٦ - تتولى لجنة البت :

(أ) التأكد من مطابقة كشوف التفريغ للعروض ذاتها ، وعليها
أن تفحص العينات أو النماذج أو المشروعات والأسمار وتقارنها
بعضها ببعض •

(ب) استبعاد غير المرغوب فيهم لأسباب تتعلق بالصالح العام
أو حسن تنفيذ العقد •

(ج) استبعاد العروض غير المستوفاة للشروط المنصوص عليها
فى اللائحة التنفيذية أو فى دفتر الشروط العامة •

(د) تعيين صاحب أفضل عرض •

ويكون قرار اللجنة فى الحالات الثلاث الأخيرة مسببا^(٣) •

(١) أصلها المادة الثانية من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار إليها •

(٢) أصلها المواد ٥٨ و ٦٠ و ٦١ من لائحة المناقصات والمزايدات •

(٣) أصلها المادة ٦٧ من لائحة المناقصات والمزايدات •

مادة ١٧ - اذا تساوى عرضان أو أكثر فضل العرض المقدم من وطني عن العرض المقدم من أجنبي ، وتفضل المنتجات الوطنية على مثيلاتها الأجنبية ، وتبين اللائحة التنفيذية حدود هذه المفاضلة .
وإذا تساوى عرض إحدى شركات القطاع العام مع عرض آخر فضلت شركة القطاع العام .

ويكون التفضيل بين شركات القطاع العام عند تساوى العروض بحسب نسبة مساهمة الحكومة أو المؤسسة العامة فيها بحيث تفضل الشركة التي تكون نسبة المساهمة فيها أكبر . وفي حالة تعذر المفاضلة وفقا للقواعد السابقة ، يجوز تجزئة المقادير أو المشروع بين مقدمى العروض المتساوية اذا كان ذلك فى صالح العمل .

مادة ١٨ - لا يجوز بعد فتح المقاريف الدخول فى مفاوضة مع أحد مقدمى العروض فى شأن تعديل عرضة . ومع ذلك اذا كان العرض الأقل مقترنا بتحفط أو تحفظات وكان أقل عرض غير المقترن بشئ من ذلك تزيد قيمته الرقمية كثيرا عن العرض المقترن بتحفظات جاز التفاوض مع مقدم أقل عرض مقترن بتحفظات لينزل عن كل تحفظاته أو بعضها بما يجعل عرضه متفقا مع شروط المناقصة بقدر الامكان ، وبما لا يدع مجالا للشك فى أنه أصلح من العرض غير المقترن بأى تحفظ ، فاذا رفض فيجوز التفاوض مع من يليه بحيث لا تجرى مفاوضة فى التعديل مع صاحب عرض الا اذا رفض هذا التعديل جميع مقدمى العروض الأقل منه .
وإذا كانت العروض كلها مقترنة بتحفظات ، فيجوز التفاوض مع صاحب أقل عرض لينزل عن كل تحفظاته أو بعضها بما يجعل عرضه متفقا مع شروط المناقصة بقدر الامكان^(١) .

ولا تجرى المفاوضة الا بناء على قرار رئيس الجهة الادارية المختصة بعد موافقة لجنة البت ، وتكون اللجنة فى هذه الحالة برئاسة وكيل الوزارة المختص^(٢) .

(١) أصلها المادة ٧ من لائحة المناقصات والمزايدات .

(٢) أصلها المادتان ٤ و ٥ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .

مادة ١٩ - إذا تضمنت المناقصة عروضاً تخيرية أو أكثر من طريقة للتنفيذ فيجب عند المفاضلة بينها مراعاة جملة الأعمار عن كل عرض ، ثم تجرى المفاوضة للنزول بالعرض الذى استقر عليه رأى الجهة الادارية المختصة الى أقل سعر فى العروض غير المستبعدة ، فإذا رفض فيجربى التفاوض مع من يليه وذلك الا اذا أعلنت الجهة الادارية المختصة قبل فتح المظاريف الطريقة التى ستختارها فى التنفيذ^(١) .

مادة ٢٠ - يجوز بقرار مسبب من رئيس الجهة الادارية المختصة بعد أخذ رأى لجنة البت الغاء المناقصة واعادة طرحها فى إحدى الحالات الآتية :

(أ) اذا قدم عرض واحد أو لم يبق بعد العروض المستبعدة الا عرض واحد .

(ب) اذا اقترنت العروض كلها أو أكثرها بصعوبات .

(ج) اذا كانت قيمة العرض الأقل تزيد على القيمة بالسوق^(٢) .

مادة ٢١ - فى الحالات المنصوص عليها فى البندين أ ، ب من المادة السابقة اذا لم يبق سوى عرض واحد ورأى رئيس الجهة الادارية المختصة ألا فائدة ترجى من اعادة المناقصة وأن العرض الواحد المقدم مناسب ومطابق للشروط ، وأن حاجة العمل لا تسمح بأعادة المناقصة ، جاز له بعد موافقة لجنة البت قبول ذلك العرض متى كانت قيمته لا تجاوز الحدود المبينة فى اللائحة التنفيذية^(٣) .

مادة ٢٢ - تلغى المناقصة بقرار مسبب من رئيس الجهة الادارية المختصة بعد النشر عنها وقبل التعاقد اذا استغنى عنها نهائياً^(٤) .

مادة ٢٣ - اذا لم يستغن عن المناقصة أو لم تلغ لسبب من الأسباب المبينة بالمادة ٢٠ فيجب التعاقد مع من تعينه لجنة البت وفقاً للأحكام السابقة^(٥) .

(١) هذا النص مستحدث .

(٢) أصلها المادة ٢ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ .

(٣) أصلها المادة ٦٩ من لائحة المناقصات والمزايدات .

(٤) أصلها المادة ٧ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .

(٥) هذا النص مستحدث .

الفصل الثاني

التعاقد عن طريق المزايدات العامة

مادة ٢٤ - تبرم العقود الآتية عن طريق المزايدات العامة :

(١) التصرف بمقابل في أموال الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى .

(ب) الترخيص في استغلال أموال الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى ، وذلك كله في غير ا حوال التي يحددها القانون^(١) .

مادة ٢٥ - تخضع المزايدات العامة للمبادئ التي تحكم المناقصات العامة المنصوص عليها في المادة ٢ وكذلك الأحكام التي تبينها اللائحة التنفيذية^(٢) .

مادة ٢٦ - اذا كانت الأصناف المرغوب في بيعها مسعرة أو محددة الربح فلا يلجأ الى طريقة البيع بالمزايدة العامة الا اذا لم تستطيع الحكومة بيعها بالسعر المقرر ، على أن يتم البيع في حدود هذا السعر .

وتبين اللائحة التنفيذية اجراءات بيع مثل هذه الأصناف بغير طريق المزايدة^(٣) .

مادة ٢٧ - تتولى اجراء المزايدة والبت في نتيجتها - اذا تمت بغير طريق المظاريف - لجنة تشكل بالطريقة المنصوص عليها في اللائحة التنفيذية . اما اذا تمت بطريق المظاريف فتتبع في هذا الشأن اجراءات المناقصة العامة^(٤) .

(١) أصلها المادة ١٢ من القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .

(٢) أصلها المادة ١٢ من القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .

(٣) أصلها المادة ١٤٩ من لائحة المناقصات والمزايدات .

(٤) أصلها المادة ١٥١ من لائحة المناقصات والمزايدات .

مادة ٢٨ - يكون ارساء المزايدة على من يقدم أكبر عرض من الناحية المالية مستوف للشروط ، ومع ذلك فاذا كانت جميع العروض مقترنة بتحفظات ، جاز ارساء المزايدة على صاحب أفضل عرض طبقا للأحكام الواردة بالمادة ١٨^(١) .

مادة ٢٩ - اذا تساوى عرضان أو أكثر كان التفضيل بين المتزايدين وفقا للأحكام المنصوص عليها في المادة ١٧^(٢) .

مادة ٣٠ - يجوز إلغاء المزايدة وإعادة اجرائها في الحالات الآتية :

(أ) اذا لم تقدم فى المزايدة ثلاثة عروض مستوفية للشروط .

(ب) اذا لم تصل نتيجة المزايدة الى الثمن الأساسى المعلن عنه ، وفى هذه الحالة يجوز خفض الثمن الأساسى فى المزايدة الجديدة بنسبة مئوية لا تتجاوز ١٠ ٪ ، فاذا لم تصل نتيجة المزايدة الجديدة الى الحد المنخفض فتتبع القواعد المنصوص عليها فى اللائحة التنفيذية .

(ج) اذا كانت قيمة العرض الأفضل تقل عن القيمة بالسوق .

مادة ٣١ - تلغى المزايدة بقرار مسبب من رئيس الجهة الادارية المختصة بعد النشر عنها وقبل التعاقد اذا استغنى عنها نهائيا^(٣) .

(١) هذا النص مستحدث .

(٢) أصلها المادة ١١٠ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .

(٣) أصلها المادة ٧ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه والمادة ١٤٢

من لائحة المناقصات والمزايدات .

الفصل الثالث

فى التعاقد بطرق الممارسة

مادة ٣٢ - يجوز التعاقد بطرق الممارسة فى جميع الحالات التى لا يستلزم القانون فيها اتباع طريق المناقصة أو المزايدة^(١) .

مادة ٣٣ - يجوز بقرار من الجهة الادارية المختصة ابرام العقود المشار اليها فى المادة الأولى عن طريق الممارسة فى الحالات الآتية :

١ - لأعمال المطلوب القيام بها والمواد المطلوب توريدها على سبيل التجربة أو الاختبار .

٢ - الأعمال الفنية المرغوب اجراؤها بمعرفة فنيين أو اخصائيين معينين .

٤ - الحيوانات والطيور والدواجن على اختلاف أنواعها المطلوبة لأغراض غير التغذية .

٥ - المهمات والبضائع التى تقضى طبيعتها أو الفرض المرغوب الحصول عليها من أجله بأن يكون اخيارها وشراؤها من أماكن انتاجها .

٦ - العقود التى لم تقدم بشأنها عروض فى المناقصات ، أو قدمت عنها عروض بأسعار غير مقبولة وكانت الحاجة اليها لا تسمح باعادة طهرحها فى المناقصة .

٧ - العقود التى تكون قيمتها من الضالة بحيث لا تبرر نفقات واجراءات المناقصة^(٢) .

(١) أصلها المادة ٨ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .

(٢) أصلها المادة ٨ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه باللادة ١١٩

من لائحة المناقصات والمزايدات .

مادة ٣٤ - يجوز بقرار من الجهة الادارية المختصة أن تبرم بطريق الممارسة العقود الواجب إبرامها بطريق المزايدة في الحالات الآتية :

(أ) حالة الضرورة والاستمجال .

(ب) اذا كانت قيمة العقد من الضالة بحيث لا تبرر نفقات واجراءات المزايدة .

(ب) اذا ثبت ألا فائدة ترجى من اعادة المزايدة بشرط ألا يقل الثمن الذى يتفق عليه فى الممارسة عن الثمن الذى أدت اليه المزايدة الأولى^(١) .

مادة ٣٥ - يجوز اجراء الممارسة باحدى الطرق الآتية وفقا لأهمية العقد ونوعه ، وذلك طبقا للائحة التنفيذية .

(أ) الممارسة عن طريق تقديم العروض ، وتتم على أساس اجراءات المناقصة العامة من حيث العلانية والمنافسة .

(ب) الممارسة المقصورة على الفنيين أو المتخصصين فى الأعمال المطلوب القيام بها . وذلك وفقا لقواعد عامة تحددها الجهة الادارية المختصة مقدما .

وفى الحالات المنصوص عليها فى البندين السابقين تحتفظ الجهة الادارية المختصة بحرية اختيار المتعاقد معها دون التقيد بترتيب العروض على أن تسبب قرارها فى حالة عدم اختيار صاحب العرض الأفضل سعرا .

(ج) التعاقد عن طريق الاتفاق المباشر^(٢) .

(١) هذه المادة مستحدثة .

(٢) هذه المادة مستحدثة .

مادة ٣٦ - يجب قبل صدور قرار الجهة الادارية المختصة بابرام العقد أن تتولى الممارسة لجنة تشكل وفقا لما تبينه للائحة التنفيذية على أن يشترك فى عضويتها مندوب عن وزارة الخزانة فيما تزيد قيمته على خمسة آلاف جنية ويكون قرار هذه اللجنة مسببا .

ويجوز للجهة الادارية المختصة بابرام العقد أن تفوض اللجنة المذكورة فى التعاقد مباشرة دون الرجوع اليها ان وجدت مبررات لذلك .

وفى حالة اجراء الممارسة خارج الجمهورية تترك طريقة تشكيل اللجنة لتقدير الوزير المختص^(١) .

(١) أصلها المادة ٨ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .

الفصل الرابع

احكام عامة

مادة ٣٧ - لا يجوز إبرام عقد دون أخذ رأى مجلس الدولة فيما يجب فيه أخذ الرأى ، الا اذا أبرم العقد على أساس شروط أخذ فيها رأى المجلس اذا كانت هذه الشروط لم يحصل فيها أى تعديل^(١) .

مادة ٣٨ - تحظر الوساطة فى التعاقد فيما لا يكون التعامل فيه بالبيع عادة الا للدولة أو الأشخاص العامة وحدها ، ويستبعد كل عقد من هذا النوع يتم عن طريق وسيط . ولا يعتبر وسيطا الوكيل المعتمد فى الجمهورية العربية المتحدة للتعاقد الذى يكون مركزه فى الخارج .

ويستثنى من هذا الحظر شركات القطاع العام المتخصصة فى الاستيراد^(٢) .

مادة ٣٩ - تبين اللائحة التنفيذية الأشخاص المتخصصين بإبرام عقود الادارة^(٣) .

مادة ٤٠ - يجوز عند الاقتضاء لأية جهة ادارية أن تتولى بالنيابة عن جهة ادارية أخرى وفقا للأحكام المتقدمة مباشرة اجراءات التعاقد بطريق المناقصة أو الممارسة بحسب الأحوال وكذلك إبرام العقد^(٤) .

مادة ٤١ - اذا تضمن المشروع عدة أعمال يستلزم القانون اجراء بعضها عن طريق المناقصة أو المزايدة ، وتيجز اجراء بعضها الآخر عن طريق الممارسة ولم يكن من الممكن تجزئة تلك الأعمال وجب إبرام العقد بشأنها جميعها بالطريق المقرر للعمل الأساسى .

ويحدد المختص بإبرام العقد ما يعتبر أساسيا^(٥) .

(١) أصلها المادة ١٠ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ .

(٢) أصلها المادة ٩ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .

(٣) أصلها المواد ٦٧ و ٧١ و ١١٤ و ١١٥ و ١١٨ و ١٥٢ من لائحة المناقصات

والمزايدات .

(٤) أصلها المادة ١٢ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .

(٥) هذا النص مستحدث .

الباب الثاني

تنفيذ العقود الادارية

مادة ٤٢ - تسرى الأحكام الواردة في هذا الباب على العقود الادارية دون غيرها من العقود التي تبرمها الادارة^(١) .

مادة ٤٣ - يراعى فى تفسير العقد الادارى استهدافه تحقيق المصلحة وحسن سير المرفق بانتظام واطراد^(٢) .

مادة ٤٤ - للجهة الادارية المختصة سلطة الاشراف والرقابة فى تنفيذ العقد لضمان حسن قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته^(٣) .

مادة ٤٥ - فيما عدا الشروط المالية المتفق عليها ، للجهة الادارية أن تعدل بارادتها المنفردة شروط العقد أثناء تنفيذه ، بما يتفق مع مقتضيات الصالح العام وحسن أداء الغرض الذى أبرم العقد من أجله ، بشرط أن تكون الأعباء الجديدة على عاتق المتعاقد مع الادارة فى الحدود الطبيعية والمقبولة من حيث نوعها وأهميتها ولا تخرج عن موضوع العقد أو تغير من طبيعته^(٤) .

مادة ٤٦ - للجهة الادارية فى حالة اخلال المتعاقد بالتزاماته أن توقع من تلقاء نفسها دون التجاؤ الى القضاء الجزاء المناسب من بين الجزاءات الآتية ولو لم يكن منصوحا عليه فى العقد :

(أ) الغرامة ومصادرة التأمين بالشروط والأوضاع التى تحددها اللائحة التنفيذية .

(ب) التنفيذ على حساب المتعاقد وفقا لما تنص عليه اللائحة التنفيذية .

(١) هذه المادة مستحدثة .

(٢) هذه المادة مستحدثة ومستقاة من أحكام القضاء الادارى .

(٣) هذه المادة مستحدثة .

(٤) أصلها المادة ٨٧ من لائحة المناقصات والمزايدات .

(ج) الفاء العقد اذا كان اخلال المتعاقد اخلا لا جسيما^(١) .

مادة ٤٧ - فيما عدا غرامة التأخير لا يجوز توقيع الجزاء على المتعاقد قبل اعذاره بمدة كافية للقيام بتنفيذ التزامه أو برفع المخالفة ما لم ينص العقد على خلاف ذلك .

ومع ذلك يجوز للجهة الادارية توقيع الجزاء دون حاجة الى اعدار اذا كانت هناك ضرورة لتنفيذ العقد في موعده أو اذا كانت هناك خطورة في استمرار قيام المخالفة^(٢) .

مادة ٤٨ - توقع الجهة الادارية الجزاءات المالية المنصوص عليها في البند (أ) من المادة ٤٦ ولو لم يثبت وقوع ضرر^(٣) .

مادة ٤٩ - لا يجوز للجهة الادارية أن تستعمل سلطة الضبط الادارى وما تستتبعه من عقوبات جزائية ضد المتعاقد بقصد اجباره على تنفيذ التزاماته .

ومع ذلك يخضع المتعاقد كغرة من الأفراد للوائح الضبط الادارى^(٤) .

مادة ٥٠ - تخضع الجهة الادارية لرقابة القضاء الادارى فيما توقعه من جزاءات على المتعاقد معها .

وللمتعاقد حق المطالبة بتمويض عادل فى جميع الأحوال التى يثبت فيها عدم وقوع خطأ من جانبه يبرر الاجراء الذى اتخذته الجهة الادارية ضده^(٥) .

مادة ٥١ - لا يجوز الحكم بفراوات تهديدية ضد الجهة الادارية بقصد اجبارها على الوفاء بالتزاماتها^(٦) .

(١) هذه المادة مستحدثة من أحكام القضاء الادارى .

(٢) هذه المادة مستحدثة .

(٣) هذا النص مستحدث .

(٤) هذا النص مستحدث .

(٥) هذا النص مستحدث .

(٦) هذا النص مستحدث .

مادة ٥٢ - على المتعاقد نفسه تنفيذ العقد ، ولا يجوز له أن ينزل عنه كله أو بعضه أو أن ينيب عنه غيره في تنفيذه كله أو بعضه بغير تصريح يصدر من الجهة الادارية بعد موافقة لجنة البت أو الممارسة . وفي حالة التصريح للمتعاقد الأصلي بالنزول عن العقد كله أو بعضه يبقى المتعاقد الأصلي ضامنا لتنفيذ المتنازل اليه الالتزامات بالتضامن معه في ذلك .

وتعتبر الانابة في حكم النزول عنه^(١) .

مادة ٥٣ - في حالة وفاة المتعاقد يجوز لورثته الاستمرار في تنفيذ العقد ما لم تر الجهة الادارية انتهاء العقد لعدم توافر الضمانات الفنية أو المالية الكافية لدى الورثة . وإذا كان المتعاقد مع الجهة الادارية شركة انتهى العقد بقوة القانون في حالة حلها مع مراعاة أحكام القانون الخاص في هذا الشأن^(٢) .

مادة ٥٤ - لا يجوز للمتعاقد أن يقف تنفيذ العقد بحجة عدم وفاء الجهة الادارية بالتزاماتها ما لم يؤد ذلك الى استحالة التنفيذ^(٣) .

مادة ٥٥ - على المتعاقد أن ينفذ بدقة التزاماته المقررة في العقد أو المفروضة بأوامر صريحة من الجهة الادارية امتثالا لحقها في تعديل أحكام العقد ، ولا يكون له الحق في طلب تعويض عما يقوم به متجاوزا تلك الالتزامات ما لم يكن ذلك التجاوز ضروريا فيكون له الحق في تعويض كامل . كما تلتزم الجهة الادارية بتعويضه عما ينفذه من التزامات زيادة على الالتزامات المفروضة عليه اذا كانت الزيادة مفيدة لحسن تنفيذ العقد . ويقدر التعويض في هذه الحالة بما عاد على الجهة الادارية من فائدة^(٤) .

مادة ٥٦ - لا توقع على المتعاقد الفرامة المنصوص عليها في العقد

(١) أصلها المادة ٨٣ من لائحة المناقصات والمزايدات .

(٢) أصلها المادة ٨٦ من لائحة المناقصات والمزايدات .

(٣) هذا النص مستحدث .

(٤) أصلها المادة ٨٨ من لائحة المناقصات والمزايدات .

بسبب عدم تنفيذ التزاماته فى المواعيد المقررة اذا لم يكن التأخير راجعا الى خطأ المتعاقد^(١) .

مادة ٥٧ - للمتعاقد الحق فى تعويض كامل بسبب التعديلات التى تجريها الجهة الادارية فى التزاماته ما لم يكن مرجع تلك التعديلات الى خطأ المتعاقد^(٢) .

مادة ٥٨ - للمتعاقد الحق فى طلب فسخ العقد اذا كانت التعديلات التى أجرتها الجهة الادارية من المسامة بحيث تفوق مقدرة المالية أو الفنية وقت فرض التعديل . ويكون له فى هذه الحالة الحق فى تعويض كامل بسبب انتهاء العقد .

ومع ذلك يجوز استثناء للمتعاقد طلب الغاء التعديل مع استمراره فى تنفيذ عقده اذا كان من الممكن جعل التعديل المفروض موضوع عقد مستقل عن لعقد الأصيل دون اضرار بالصالح العام^(٣) .

مادة ٥٩ - يعفى المدين من تنفيذ التزامه اذا كان ذلك راجعا الى قوة قاهرة^(٤) .

مادة ٦٠ - اذا طرأت ظروف غير متوقعة لا يمكن دفعها وكان من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا دون أن يصبح مستحيلا كان للمدين الحق فى تعويض عادل .

واذا استمر قيام هذه الظروف ولم يعد يرجى زوالها جاز انتهاء العقد^(٥) .

مادة ٦١ - اذا صدر بعد إبرام العقد وحتى تمام تنفيذه تشريع أو اجراء ادارى غير متوقع والصاب المتعاقد منه ضرر خاص كان له الحق فى تعويض كامل عن هذا الضرر ، واذا نتج عن التشريع أو الاجراء انقلاب فى اقتصاديات العقد دون أن يكون الضرر خاصا بالمتعاقد كان له الحق فى تعويض عادل وفقا للحكم المنصوص عليه فى المادة السابقة^(٦) .

مادة ٦٢ - إذا صادف المتعاقد فى تنفيذ التزاماته صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية لم يكن فى الامكان توقعها عند التعاقد وتؤدى الى جعل تنفيذ العقد مرهقا كان له الحسق فى تعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار^(١) .

مادة ٦٣ - لا يجوز الاتفاق على ما يخالف الأحكام الواردة فى المواد ٥٩ ، ٦٠ ، ٦١ ، ٦٢ ، من هذا القانون^(٢) .

مادة ٦٤ - للجهة الادارية أن تنهى العقد فى أى وقت تشاء دون وقوع خطأ من المتعاقد إذا اقتضى ذلك الصالح العام ، بشرط تعويض المتعاقد تعويضا كاملا^(٣) .

مادة ٦٥ - ينتهى العقد الادارى بتمام تنفيذه أو بانتهاء أجله المتفق عليه عند إبرامه .

كما ينتهى باتفاق الطرفين أو بهلاك محل العقد أو بحكم قضائى أو بقرار من الجهة الادارية فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين ٤٦ ، ٦٤^(٤) .

ملحوظة :

لقد احتوى هذا المؤلف على بعض اخطاء مطبعية ادت احيانا الى اخطاء لغوية او نحوية ، ولكنها من الوضوح بحيث لا تخفى على فطنة القارئ .

الفهرس

صفحة

٣	تقديم الطبعة الخامسة
٩	تقديم الطبعة الثانية
٢١	تقديم الطبعة الأولى
٢٥	مقدمة عامة
٣٣	خطة الدراسة

القسم الأول : فكرة العقود الإدارية في فرنسا وفي مصر

٣٧	الباب الأول : نشأة العقود الإدارية في فرنسا وفي مصر
٣٧	الفصل الأول : نشأة العقود الإدارية في فرنسا
										(اثر التمييز بين أعمال السلطة والتصرفات العادية على نظرية العقد الإداري ص ٣٧ - أثر نظرية المرفق العام في هذا المجال ص ٣٩ - الوضع الحالي ص ٣٩) .

٤١	الفصل الثاني : نشأة العقود الإدارية في مصر
٤١	المبحث الأول : فكرة العقد الإداري أمام المحاكم القضائية
٤٥	المبحث الثاني : فكرة العقد الإداري أمام مجلس الدولة
٥٣	الباب الثاني : معيار تمييز العقود الإدارية
٥٤	الفصل الأول : العقود الإدارية بتحديد القانون
										(توضيح الفكرة في فرنسا ص ٥٤ - هل للفكرة محل في مصر ؟ ص ٥٦) .

٥٩	الفصل الثاني : المعيار القضائي في تمييز العقود الإدارية
٦٢	المبحث الأول : أن تكون الإدارة طرفا في العقد
٧٤	المبحث الثاني : علاقة العقد بالمرفق العام
٨٦	المبحث الثالث : اختيار المتعاقدين لوسائل القانون العام
										(التطور الحديث فيما يتعلق بهذه العناصر الثلاثة ص ٩٣ - تحديد طبيعة الأنفاقات المركبة ص ١٠٤)

صفحة

- الباب الثالث : التعريف بأهم العقود الإدارية ١٠٧
- الفصل الأول : عقد امتياز المرافق العامة ١٠٨
(التعريف به ص ١٠٨ - طبيعته ص ١٠٩ -
أهميته ص ١١٢ - كيفية منحه ص ١١٤ - تنظيم
بعض أحكامه تشريعيًا ص ١١٩ - بعض الأحكام
الخاصة به والواردة في القانون المدني ص ١٢١) .
- الفصل الثاني : عقد الأشغال العامة ١٢٥
(التعريف به ص ١٢٥ - عناصره ص ١٢٦ -
بعض الاتفاقات التي تتصل به ص ١٢٩) .
- الفصل الثالث : عقد التوريد والنقل ١٣٥
الفرع الأول : عقد التوريد ١٣٥
(التعريف به ص ١٣٥ - أمثلة من قضاء مجلس
الدولة المصري ص ١٣٦ - عقود التوريد الصناعية
ص ١٣٩) .
- الفرع الثاني : عقد النقل ١٤٠
- الفصل الرابع : عقد تقديم المعاونة ١٤٣
(التعريف به ص ١٤٣ - تكييفه القانوني ص
١٤٤ - طبيعته الإدارية ص ١٤٧) .
- الفصل الخامس : عقد القرض العام ١٤٩
(التعريف به ص ١٤٩ - كيفية إبرامه ص ١٥٠) .
- الفصل السادس : عقود البيع والشراء التي تبرمها الإدارة ١٥٣
الفرع الأول : عقود الشراء التي تبرمها الإدارة ١٥٣
الفرع الثاني : عقود البيع التي تبرمها الإدارة ١٥٤
- الفصل السابع : عقود الإيجار ١٥٧
(أولا : الإدارة هي المستأجرة ص ١٥٧ - ثانيا :
الإدارة هي المؤجرة ص ١٥٧ - الاتفاقات التي
تتضمن شغلا للمال العام في مصر ص ١٥٦ - تطور
القضاء بشأن تكييف هذه الاتفاقات ص ١٦٠ -
رأينا في هذا الموضوع ص ١٦٢) .

صفحة

١٦٩	الفصل الثامن : عقود العمل
١٦٩	الفرع الأول : الإدارة هي صاحبة العمل
١٧٦	الفرع الثاني : الإدارة هي المتزعة بالعمل
١٧٩	الفصل التاسع : عقود التمتع بالانتظام في الدراسة وخدمة الدولة
	الباب الرابع : قواعد الاختصاص في مجال العقود الادارية
١٨٧	الفصل الأول : مدى اختصاص كل من جهتي القضاء في مجال عقود الإدارة
	(القواعد العامة في الموضوع ص ١٨٧ - فكرة
	المسائل الأولية ص ١٨٩ - فكرة القرارات
	الادارية المنفصلة ص ١٩١)
١٩٧	الفصل الثاني : طبيعة اختصاص القضاء الإداري في مجال المنازعات الادارية
١٩٧	الفرع الأول : القضاء الكامل
٢٠٧	الفرع الثاني : قضاء الالفاء في مجال العقود الادارية
٢٠٨	١ - إلغاء القرارات الادارية المنفصلة
	(أولا : طلب إلغاء القرارات الادارية المنفصلة
	المقدم من غير المتناقد ص ٢٠٩ - اثر الحكم
	الصادر بإلغاء تلك القرارات على العقد ص ٢١٢
	- رأينا في هذا الموضوع ص ٢١٥ - ثانيا : طلب
	إلغاء القرارات الادارية المنفصلة المقدم من
	المتناقد ص ٢١٧)
٢٢٠	٢ - طعون المستفيدين في حالة عقود الامتياز
	(وضع المسألة ص ٢٢٠ - تبرير تلك الطعون
	ص ٢٢٤)

القسم الثاني : في إبرام عقود الإدارة

الباب الأول : كيفية اختيار الإدارة للمتعاقد

٢٣١	مقدمة عامة
٢٣٩	الفصل الأول : المناقصات والمزايدات العامة
	(التعريف بها ص ٢٣٩ - ما يحكمها من
	تشريعات ص ٢٤٠ - أنواع المناقصات
	والمزايدات العامة ص ٢٤٤)
	(م ٦٠ - العقود الادارية)

صفحة

٢٤٦	المبحث الأول : التقدم الى المناقصات العامة
٢٤٦	الفرع الأول : الاعلان عن المناقصات العامة
٢٥٠	الفرع الثاني : المساواة بين المتنافسين
٢٧٠	الفرع الثالث : كيفية التقدم الى المناقصات وما يترتب على التقدم من آثار
٢٨٧	المبحث الثاني : فحص المطاعاات وارساء المزااد أو المناقصة
٢٨٨	الفرع الأول : لجنة فتح المظاريف
٢٩٣	الفرع الثاني : لجنة البت في المطاعاات
	(تشكيلها من ٢٩٣ - الاجراءات التي تتبعها				
	من ٢٩٤ - ما قد تنتهي اليه اللجنة من قرارات				
	من ٢٩٦)				
٣٠٢	الفرع الثالث : اعتماد المناقصة ومدى حرية الادارة في اختيار المتعاقد
٣١٨	الفصل الثاني : التعاقد من غير طريق المناقصة (بطريق الممارسة)
٣٢٠	المبحث الأول : طرق التعاقد القائمة على حرية الاختيار في فرنسا				
	(أولا : اسلوب الدعوة الى التعاقد من ٣٢٠				
	- الاسلوب العادى للدعوة الى التعاقد من ٣٢٠				
	- الدعوة الى التعاقد المصحوبة بمنافسة				
	من ٣٢١ - الدعوة الجماعية للتعاقد من ٣٢١				
	ثانيا : العقود التي تتم بناء على مفاوضة				
	من ٣٢٢ - ثالثا : عقود البحوث أو الدراسات				
	من ٣٢٣)				
٣٢٥	المبحث الثاني : التعاقد من غير طريق المناقصة في مصر
٣٢٦	الفرع الأول : الممارسة
٣٢٨	الفرع الثاني : الاتفاق المباشر

صفحة

الباب الثاني : كيفية إبرام عقود الإدارة

مقدمة عامة ٢٣٥

المبحث الأول : العقود السابقة على التعاقد ٢٣٧

الفرع الأول : الاذن المالى ٢٣٧

الفرع الثاني : ضرورة الحصول على تصريح بالتعاقد ٢٤١

(القواعد العامة ص ٢٤١ - العقود التى
يشترط صدور قانون يسمح للإدارة بإبرامها
ص ٢٤٥ - بعض العقود التى تتطلب موافقة
جهة إدارية قبل إبرامها ص (٢٥١) .

الفرع الثالث : ضرورة صدور قرار من المجالس البلدية
قبل التعاقد ٢٥٤

الفرع الرابع : الاستشارات السابقة ٢٥٩

المبحث الثاني : عملية التعاقد فى ذاتها ٢٦٢

الفرع الأول : الاختصاص بالتعاقد ٢٦٢

(أولا : العقود التى تتم عن طريق المناقصات
العامة ص ٢٦٣ - ثانيا : العقود التى تتم عن
طريق المناقصات المحدودة ص ٣٦٣ - ثالثا :
العقود التى تتم عن طريق المناقصات المحلية
ص ٣٦٤ - رابعا : العقود التى تتم عن طريق
الممارسة ص ٣٦٤ - خامسا : الاتفاقات المباشرة
ص (٣٦٤) .

الفرع الثاني : آثار كل من إبرام العقد والتخلف عن إبرامه ٣٦٦

١ - و الآثار المترتبة على إبرام العقد ٣٦٦

٢ - و آثار التخلف عن إبرام العقد ٣٧٠

المبحث الثالث : الشكل الكتابى فى مجال العقود الإدارية ٣٧٢

الفرع الأول : الحالات التى تشترط فيها الكتابة ٣٧٥

الفرع الثاني : أنواع الوثائق المكتوبة فى عقود الإدارة ٣٧٨

الباب الثالث : سلامة و بطلان العقود الإدارية

صفحة

٢٨٥	تقديم
٢٨٦	المبحث الأول : الميوب التي تشوب اركان العقد الادارى
٢٨٦	الفرع الأول : الرضا
٣٩٥	الفرع الثاني : المحل
٤٠٠	الفرع الثالث : السبب
٤٠٢	المبحث الثاني : جزاء بطلان العقد الادارى
	القسم الثالث : الالتزامات التي تولد عن العقود الادارية
	الباب الأول : الاسس العامة التي تحكم آثار العقود الادارية
٤٠٧	مقدمة تمهيدية
٤٠٨	المبحث الأول : العقد الادارى هو عقد بمعنى الكلمة
٤١٨	المبحث الثاني : دور نية الطرفين في تحديد الالتزامات التعاقدية
	المبحث الثالث : اتصال العقد الادارى بالمرق العام وما يترتب على ذلك من آثار
٤٢٩	المبحث الرابع : امتداد آثار العقد الادارى الى غير المتعاقدين في بعض الحالات
٤٣٣	
	الباب الثاني : التزامات المتعاقد وسلطات الادارة في مواجهته
٤٣٦	الفصل الأول : التزامات المتعاقد مع الادارة
٤٣٧	ملخص لتلك الالتزامات
٤٣٨	دراسة خاصة لالتزام المتعاقد بالتنفيذ شخصيا
٤٤٠	١ - § المتعاقد من الباطن والنزول عن العقد
٤٤٨	٢ - § موت المتعاقد أو إفلاسه أو إبعاده
٤٥١	الفصل الثاني : سلطات الادارة في مواجهة المتعاقد معها
٤٥٤	المبحث الأول : حق الرقابة
٤٥٧	المبحث الثاني : حق التعديل
٤٥٨	الفرع الأول : صور حق التعديل وأساسه ومبادئه
	الفرع الثاني : حق التعديل في عقود الامتياز والاستغلال
٤٦٩	المسئلة والتوريد

صفحة

- ٤٧٠ ١ - § سلطة التعديل في عقد الامتياز
- ٤٨٠ ٢ - § سلطة التعديل في عقود الأشغال العامة
- ٤٩٣ ٣ - § سلطة التعديل في عقود التوريد
- ٤٩٧ المبحث الثالث : حق الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد
- ٥٠٠ المطلب الأول : الخصائص المشتركة للجزاءات الإدارية
- ٥٠٠ ١ - § حق الإدارة في أن توقع الجزاء بنفسها
- ٥٠٢ ٢ - § تمتع الإدارة بحق توقيع الجزاء ولو لم ينص عليه في العقد
- ٥٠٦ ٣ - § ضرورة اعتماد المتعاقد قبل توقيع العقوبة
- ٥٠٦ ٤ - § خضوع الإدارة في توقيع الجزاءات لرقابة القضاء
- ٥٠٧ المطلب الثاني : أنواع الجزاءات الإدارية
- ٥٠٩ المطلب الأول : الجزاءات المالية
- ٥٠٩ ١ - § التعويضات
- ٥١٢ ٢ - § الغرامات
- ٥٢٥ المطلب الثاني : وسائل الضغط
- ٥٢٩ ١ - § وضع المشروع تحت الحراسة
- ٥٣٣ ٢ - § سحب العمل من المفاوض
- ٥٣٨ ٣ - § الشراء على حساب المتعاقد المقصر
- ٥٤٥ المطلب الثالث : فسخ العقد
- ٥٤٥ ١ - § الفسخ في حالة عقد الامتياز
- ٥٥٣ ٢ - § الفسخ في حالة العقود الأخرى
- ٥٥٩ المطلب الرابع : الجزاءات الجنائية
- ٥٦٦ الفصل الأول : حق المتعاقد في أن تحترم الإدارة التزاماتها العقدية
- ٥٦٦ الباب الثالث : حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة
- ٥٦٦ المطلب الأول : مدى التزام الإدارة بالمقد

صفحة

٥٧٢	الفرع الثاني : جزاء مخالفة الإدارة لالتزاماتها المقدية (طبيعة تلك الجزاءات ص ٥٧٢ - سلطات القاضي في مواجهة الإدارة ص ٥٧٤ - الجزاء الخاص بفسخ العقد ص ٥٧٦)
٥٨١	الفصل الثاني : الحصول على المقابل المالي
٥٨٦	المبحث الأول : الثمن
٥٨٦	الفرع الأول : تحديد الثمن
٥٩٨	الفرع الثاني : تسديد الثمن
٦٠٢	المبحث الثاني : الرسم
٦١٠	الفصل الثالث : التوازن المالي للعقد ومبدأ التعويض بلا خطأ (تحديد معنى الفكرة ص ٦١٠ - الانتقادات الموجهة إليها ص ٦١١ - رأينا في الموضوع ص ٦١٣ - تحديد المعنى الحقيقي لفكرة التوازن المالي للعقد ص ٦١٣)
٦٢٣	المبحث الأول : نظرية عمل الأمير
٦٢٦	المطلب الأول : تحديد عمل الأمير
٦٣١	الفرع الأول : عمل الأمير في صورة اجراء خاص ١ - § الاجراء الذي يؤدي الى تعديل مباشر في شروط العقد
٦٣٢	٢ - § الاجراء يصل في ظروف التنفيذ الخارجية
٦٣٧	الفرع الثاني : عمل الأمير في صورة اجراء عام
٦٣٩	١ - § الاجراء العام يؤدي الى تعديل شروط العقد
٦٤١	٢ - § الاجراء يصل في ظروف التنفيذ الخارجية (أولا : الحالات التي رفض فيها المجلس التمويض ص ٦٤٢ - ثانيا : الحالات الاستثنائية التي قبل فيها المجلس التمييز ص ٦٤٨ - شروط التمييز في تلك الحالات ص ٦٥٠)

صفحة

المطلب الثاني : الآثار المترتبة على تطبيق نظرية عمل الأمير	٦٥٣
الفرع الأول : أساس التعويض	٦٥٤
الفرع الثاني : كيفية تحديد التعويض وملاء	٦٥٦
المبحث الثاني : نظرية الظروف الطارئة	٦٦٠
المطلب الأول : نشأة النظرية والتعريف بها	٦٦٠
المطلب الثاني : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة	٦٧٢
١ - § طبيعة الظروف الطارئة	٦٧٣
٢ - § كون الظروف الطارئة غير متوقع ولا يمكن دفعه	٦٧٧
٣ - § كون الظروف خارجا عن إرادة المتعاقد	٦٨٠
٤ - § متى يقع الظروف الطارئة	٦٨٢
٥ - § أثر الظروف الطارئة على العقد	٦٨٤
المطلب الثالث : الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة	٦٨٩
الفرع الأول : بقاء التزامات المتعاقد	٦٨٩
الفرع الثاني : حق المتعاقد في الحصول على معونة الإدارة	٦٩١
١ - § سلطات القاضي في مواجهة الظروف الطارئة	٦٩٢
٢ - § أساس التعويض ونطاقه	٦٩٦
الفرع الثالث : نهاية الظروف الطارئة	٧٠٣
الفرع الرابع : أحكام الاستناد الى نظرية الظروف الطارئة	٧٠٦
١ - § أوضاع التمسك بالنظرية	٧٠٦
٢ - § الاتفاقات بخصوص الظروف الطارئة	٧١٠
المبحث الثالث : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة	٧١٤
الفرع الأول : التعريف بالنظرية وأساسها	٧١٤
الفرع الثاني : شروط تطبيق النظرية	٧٢١
الفرع الثالث : ما يترتب على النظرية من نتائج	٧٢٧

صفحة

٧٣١	المبحث الرابع : مقارنة عامة بين النظريات الثلاث
٧٣٢	الفرع الأول : أوجه التشبه
٧٣٣	الفرع الثاني : أوجه الخلاف
٧٣٤	١ - § من حيث الفعل الذي تتحقق به المسؤولية
٧٣٦	٢ - § من حيث شروط التطبيق
٧٣٦	٣ - § من حيث الآثار

الباب الرابع : اثر العقود الإدارية بالنسبة الى الغير

٧٤٠	المبحث الأول : الأعباء التي تفرض على الغير
٧٤٠	١ - § تفويض التعاقد في ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة
٧٤٢	٢ - § امتياز التقاضي
٧٤٣	٣ - § استثناء التعاقد من قاعدة المساواة أمام التكاليف العامة
٧٤٣	المبحث الثاني : الحقوق التي يستمدها الغير من العقد
٧٤٣	١ - § حق الغير في أن تبرم العقود الإدارية وفقا للقانون
٧٤٤	٢ - § الحقوق التي يستمدها الغير من النصوص المدرجة لصالحه في العقد
٧٤٥	٣ - § حقوق المستفيدين في مواجهة ملتزمي المرافق العامة
	(حق المستفيد في مواجهة الإدارة من ٧٤٣ -
	حق المستفيد في مواجهة الملتزم من ٧٤٧)

المبحث الثالث : الأساس القانوني لامتناد آثار العقود الإدارية الى

٧٤٨	الغير
٧٤٨	الفرع الأول : نظرية الاشتراط لصالح الغير
	الفرع الثاني : الاستناد الى الطبيعة اللابعية للعقود الإدارية
٧٥٤	

صفحة

الفرع الثالث : انكار المبدأ في ذاته ومحاولة تبرير كل
٧٥٥ حالة على حدة

الفرع الرابع : تحديد معنى الغير في مجال العقود الإدارية ٧٥٨

القسم الرابع : نهاية العقود الإدارية

الباب الأول : الأسباب العامة لنهاية العقود الإدارية

مقدمة عامة ٧٦٣

الفصل الأول : نهاية العقود الإدارية نهاية طبيعية
٧٦٤ (انقضاء العقد بالتنفيذ من - انقضاء
العقد بنهاية المدة من)

الفصل الثاني : النهاية المبصرة للعقد الإدارية ٧٦٦

المبحث الأول : الفسخ باتفاق الطرفين أو التقايل ٧٦٦

المبحث الثاني : الفسخ بقوة القانون ٧٦٧

المبحث الثالث : الفسخ القضائي ٧٦٨

الفرع الأول : حالة القوة القاهرة ٧٦٩

الفرع الثاني : الفسخ القضائي كجزاء لخطا المتعاقد ٧٧٠

الفرع الثالث : الفسخ القضائي كموازن لسلطات الإدارة ٧٧٤

المبحث الرابع : الفسخ عن طريق الإدارة ٧٧٥

الفرع الأول : الفسخ المنصوص عليه ٧٧٥

الفرع الثاني : الفسخ غير المنصوص عليه ٧٧٦

الباب الثاني : دراسة خاصة لانقضاء عقود الامتياز

والاشغال العامة والتوريد

الفصل الأول : نهاية عقد الامتياز ٧٨٨

تمهيد ٧٨٨

المبحث الأول : نهاية عقد الامتياز وفقا للطرق العامة لانقضاء العقود ٧٨٨

الفرع الأول : النهاية الطبيعية لعقد الامتياز ٧٨٨

الفرع الثاني : النهاية المبصرة لعقد الامتياز ٧٩٢

١ - إسقاط الالتزام ٧٩٣

صفحة

٢ - § استرداد المرفق	٧٩٤
٣ - § الأسباب الأخرى لفسخ العقد	٧٩٤
المبحث الثاني : طريقة الاسترداد	٧٩٦
الفرع الأول : الاسترداد المنصوص عليه في العقد	٧٩٧
١ - § شروط ممارسة الاسترداد المنصوص عليه	٧٩٨
٢ - § آثار الاسترداد الاتفاقى	٧٩٩
الفرع الثاني : الاسترداد غير المنصوص عليه في العقد	٨٠٢
الفرع الثالث : الاسترداد الذى تنظمه قوانين خاصة	٨٠٤
المبحث الثالث : تصفية عقد الامتياز	٨٠٧
الفرع الأول : مصير الأموال المادية المستعملة فى استغلال المرفق	٨٠٧
١ - § الأموال التى تبقى ملكا للملتزم	٨٠٩
٢ - § الأموال التى تؤول الى الدولة مجانا	٨١٠
٣ - § الأموال التى من حق الدولة أن تشتريها	٨١١
الفرع الثاني : تصفية الحسابات بين الملتزم والإدارة	٨١٢
الفصل الثاني : نهاية عقود الأشغال العامة	٨١٤
المبحث الأول : النهاية الطبيعية لعقود التوريد	٨٢٩
الفرع الأول : الاستلام الوقت	٨١٥
الفرع الثاني : الاستلام النهائى	٨٢٠
المبحث الثاني : النهاية المبصرة لعقود الأشغال المصلحة	٨٢٥
الفصل الثالث : نهاية عقود التوريد	٨٢٩
المبحث الأول : النهاية الطبيعية لعقود التوريد	٨٢٩
المبحث الثاني : النهاية المبصرة لعقود التوريد	٨٣٧

ملحق

صفحة

أولا : القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨	٨٤١
ثانيا : القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصات والمزايدات	٨٤٥
ثالثا : قرار وزير المالية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ بإصدار لائحة المناقصات	٨٦١
رابعا : مشروع تقنين الأحكام الخاصة بمقود الإدارة	٩٢١

للمؤلف (١)

- ١ - نظرية التعسف في استعمال السلطة ، الطبعة الثالثة ، سنة ١٩٧٦ ،
(وقد ظفر الأسفل الفرنسي للمؤلف بجائزة الرسائل من كلية الحقوق
بجامعة باريس سنة ١٩٥٠) .
- ٢ - القرار الإداري أمام مجلس الدولة والمحاكم القضائية سنة ١٩٥٠ (نقد)
- ٣ - القانون الدستوري بالاشتراك مع المرحوم الدكتور عثمان خليل ،
الطبعة الرابعة سنة ١٩٥٥ (نقد)
- ٤ - نشاط الإدارة العامة ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ (نقد)
- ٥ - مسئولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية ، الطبعة الرابعة
سنة ١٩٥٧ (نقد)
- ٦ - تنظيم الإدارة العامة ، الطبعة الأولى، سنة ١٩٥٥ (نقد)
- ٧ - النظرية العامة للقرارات الإدارية ، الطبعة السادسة سنة ١٩٩١
- ٨ - مبادئ القانون الدستوري ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٦٠ (نقد)
- ٩ - مبادئ علم الإدارة العامة ، الطبعة السابعة ، سنة ١٩٨٧
- ١٠ - التطور السياسي للمجتمع العربي ، الطبعة الأولى سنة ١٩٦١
- ١١ - القضاء الإداري (وقد ظفرت الطبعة الأولى منه بجائزة الدولة للقانون العام
سنة ١٩٥٦) .
- ١٢ - الوجيز في نظم الحكم والإدارة ، الطبعة الأولى سنة ١٩٦٢ (نقد)
- ١٣ - ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ بين ثورات العالم ، الطبعة الأولى
سنة ١٩٦٥ .
- ١٤ - السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي
الإسلامي ، الطبعة الخامسة سنة ١٩٨٦ .
- ١٥ - الوجيز في القانون الإداري ، سنة ١٩٨٤ .
- ١٦ - الوجيز في القضاء الإداري ، طبعة سنة ١٩٨٤ .

(١) تقتصر هذه القائمة على المؤلفات القائمة بذاتها ولا تشمل البحوث التي
نشرت في المجلات العلمية المتخصصة - مصرية وأجنبية - وهي عديدة .

- ١٧ - الوجيز فى القانون الادارى ، سنة ١٩٩١
- الكتاب الأول قضاء الاغناء ، الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٥
 - الكتاب الثانى قضاء التمويض ، الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٥
 - الكتاب الثالث قضاء التأديب الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٦
- ١٨ - عمر بن الخطاب وأصول السياسة والادارة الحديثة ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية سنة ١٩٧٦ .
- مبادئ علم الادارة العامة ، الطبعة السابعة ، سنة ١٩٨٧
- ٢٠ - المطول فى القانون الادارى :
- الكتاب الأول : سنة ١٩٧٧ .
 - الكتاب الثانى : سنة ١٩٧٩ .
 - الكتاب الثالث : سنة ١٩٧٩ .
- ٢١ - العقود الادارية ، الطبعة الخامسة ، سنة ١٩٩١
- ٢٢ - الجريمة التأديبية ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٧٥ .
- ٢٣ - النظرية العامة للقرارات الادارية ، الطبعة السادسة ، سنة ١٩٩٠ .

مطبعة جامعة عين شمس ٨٩/٧٦٤ - ١٩٧٠/٢٠٠٠

